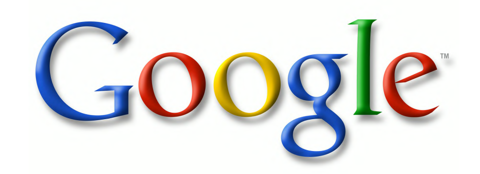
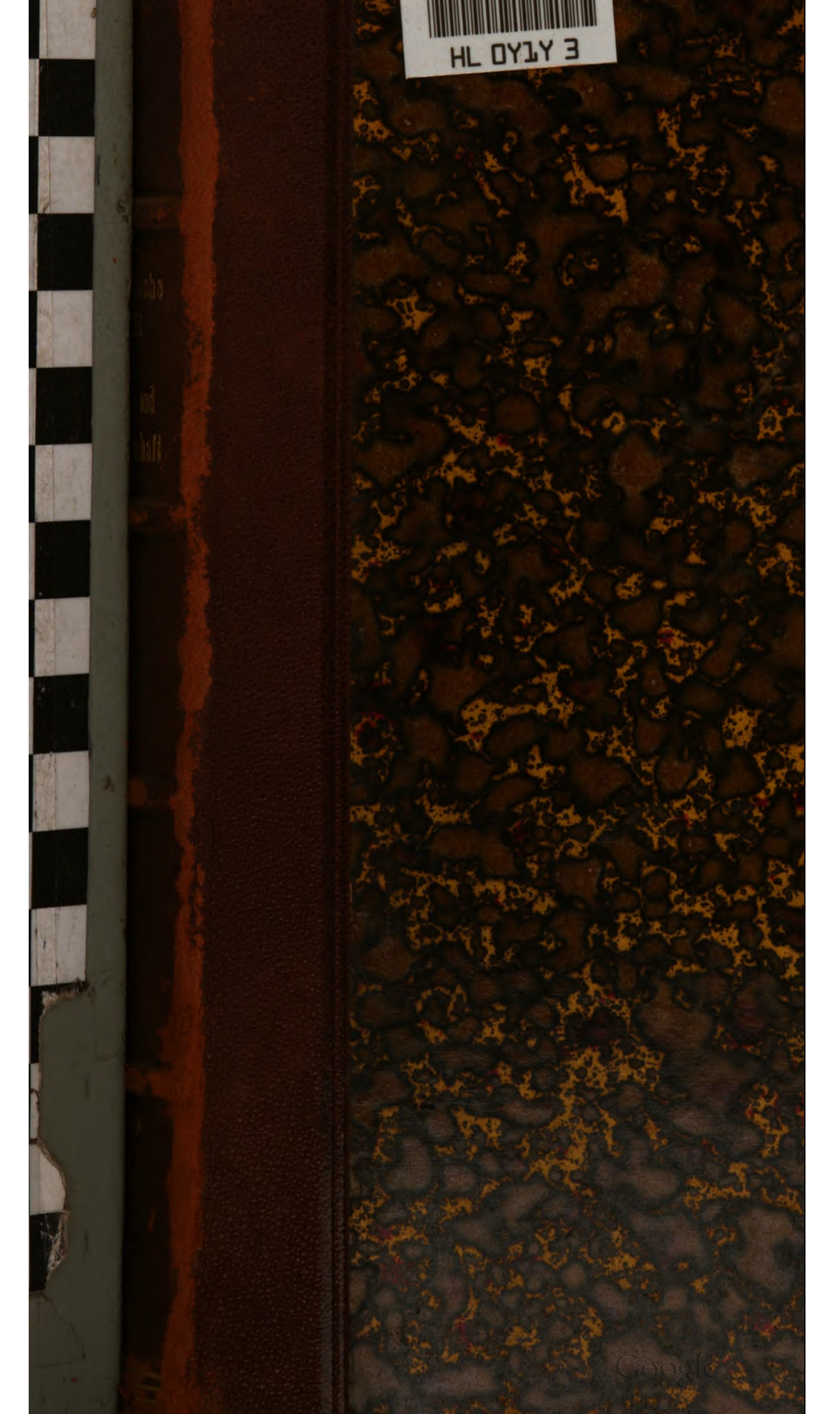






SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI
TAS

# Mecklenburgische Zeitschrift

für

# Rechtspflege und Rechtswissenschaft,

herausgegeben von

Dr. Johann Friedrich Budde,
Oberlandesgerichts-Präsident
in Rostock,

Ulrich Blanck,
Ober-Staatsanwalt
in Rostock,

und

Dr. Carl Birkmeyer,
Professor der Rechte an der Landesuniversität
in Rostock.

Fünfter Band.



Wismar.
Hinstorff'sche Hofbuchhandlung, Verlagsconto.
1885.

# Systematisches Register.

## I. Präjudizien.

Seite

### A. Civilrecht.



### B. Civilprozeß.

## C. Strafrecht.

## II. Abhandlungen.



## III. Litteratur.

# Entscheidungen
# der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

## 1. Eigentumsübertragung statt Pfandbestellung.
### Constitutum possessorium. Oo. 7/1882.

O. hatte seinen beiden Gläubigern K. & E. eine ihm gehörende Dampfdreschmaschine mit Zubehör übereignet, und zwar, wie die Kontrahenten übereinstimmend angeben, lediglich zu dem vereinbarten Zwecke, damit den Erwerbern für ihre Forderungen Sicherheit zu bestellen, sodaß nach Tilgung der Schuld eine Zurückübertragung des Eigentums zu erfolgen hatte. Für das Geschäft war die Form eines Kaufvertrages zu fingiertem Preise gewählt, mit welchem ein Nebenvertrag verbunden war, des Inhalts, daß die Käufer dem Verkäufer die Dampfdreschmaschine auf beliebigen Widerruf liehen. Sie machten nach einiger Zeit von diesem Vorbehalt Gebrauch und verklagten darauf den O. auf Herausgabe des Vertragsobjekts. In erster Instanz wurde dem Klageantrage gemäß erkannt, und das O.-L.-Gericht verwarf die vom Beklagten dagegen eingelegte Berufung durch Urteil vom 25. Mai 1883.

### Gründe.

Beide Parteien sind darüber einverstanden, daß es bei den hinsichtlich der Dampfdreschmaschine, auf deren Herausgabe die Kläger den Gegner verklagt haben, zwischen ihnen abgeschlossenen Verträgen sich um Sicherstellung der Kläger wegen der Hypothekenschuld des Beklagten an den Kläger K. im Betrage von 3600 ℳ, und wegen der von beiden Klägern für die Anleiheschuld des Beklagten an die Vorschußanstalt zu S. im Betrage von 2100 ℳ übernommenen Bürgschaft gehandelt habe. In wiederholten Entscheidungen des vormaligen O.-A.-Gerichts hieselbst, s. Entscheidungen desselben Bd. V S. 63 und 64 und Bd. VIII S. 43 und 81, sowie des Reichsgerichts, s. Entscheidungen desselben in Civilsachen Bd. II S. 168 flg., ist aner-

kannt, daß eine Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung für eine Forderung rechtlich statthaft ist. Der Schuldner ist behufs der Sicherstellung seines Gläubigers nicht auf das Rechtsgeschäft der Pfandbestellung beschränkt, sondern es ist ihm statt dieser zu demselben Zweck die Eigentumsübertragung unbenommen, bei welcher er sich an einem persönlichen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums für den Fall der Abtragung seiner Schuld genügen läßt. Eine zum Zweck einer solchen Sicherstellung vereinbarte und zur Ausführung gebrachte Eigentumsübertragung wird dadurch, daß hiebei die Form eines Kaufvertrages in Anwendung gebracht, aber den Voraussetzungen des Kaufs in Beziehung auf den Preis nicht genügt ist, nicht in ihrer Gültigkeit beeinträchtigt. Aus der Simulierung der Form des Kaufvertrages folgt noch nicht die Simulierung der Eigentumsübertragung, da für diese der übereinstimmende Wille, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, das Wesentliche ist. Neben der Simulierung des Kaufs und ungeachtet der Mangelhaftigkeit des Kaufvertrages kann die zum Zweck der Sicherheitsbestellung übereinstimmend gewollte Eigentumsübertragung sehr wohl als ernstlich gemeint bestehen. Es ist auch nicht zutreffend, eine solche Eigentumsübertragung deswegen, weil sie zum Zweck der Sicherheitsbestellung geschehen ist, als eine verschleierte Pfandbestellung anzusehen und somit lediglich als eine Pfandbestellung nach den über das Pfand geltenden Rechtsnormen zu behandeln, da eben eine Pfandbestellung ernstlich nicht gewollt, und darum auch nicht verschleiert, sondern absichtlich vermieden ist.

Zufolge des § 3 der Ausführungsverordnung und des § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung kann ein Pfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache nur durch Bestellung eines Faustpfandrechts entstehen, welches an einer solchen Sache nur besteht, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat. Der Zweck, welcher durch diese jetzt geltende gesetzliche Bestimmung verfolgt wird, ist der nämliche, welcher auch dem für den Immobiliar-Kredit durchgeführten Prinzip der Öffentlichkeit

zu Grunde liegt; es soll der öffentliche Kredit nicht dadurch eine Täuschung erleiden, daß der anscheinend im Besitze zureichenden Vermögens befindliche Schuldner über dieses sein Vermögen schon zu Gunsten einzelner Gläubiger verfügt hat. In den Motiven zur Reichskonkursordnung S. 183 heißt es: „Sollen die Gläubiger in der Beurteilung der Vermögenslage nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muß Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstandes thatsächlich zu erkennen.“ In Beihalt dieser ratio legis kann allerdings zur Frage kommen, ob nicht das Geschäft, durch welches einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung das Eigentum einer beweglichen Sache des Schuldners, unter Belassung des Besitzes bei Letzterem, übertragen wird, den übrigen Gläubigern des Schuldners gegenüber als eine Umgehung des vorerwähnten Gesetzes anzusehen und aus diesem Grunde für ungültig zu erkennen sei. cf. Hellwig im Archiv für civilistische Praxis Bd. 64 S. 369 flg. und Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 52 flg. Aber als das, was das Gesetz nicht will, dürfte jedenfalls nur dies anzusehen sein, daß ein Gläubiger den übrigen Gläubigern gegenüber das Recht erwerbe, Sachen, die im Besitze des Schuldners verbleiben, und danach dem Anscheine nach verfügbares Vermögen desselben bilden, zu seiner Befriedigung vorweg zu nehmen. Eben wegen dieser ratio legis ist aus der angeführten Gesetzesbestimmung für das Rechtsverhältnis des Schuldners zu demjenigen Gläubiger, welchem er zur Sicherung der Forderung desselben das Eigentum einer Sache übertragen hat, kein Ungültigkeitsgrund zu entnehmen. Für den Schuldner gewährt jene Gesetzesbestimmung überall keinen Grund, um seinem Gläubiger die von ihm demselben zu dem ebengedachten Zweck ins Eigentum übertragene Sache vorzuenthalten.

Neben dem laut notariellen Dokuments zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrage, durch welchen bei dem übereinstimmend gewollten Zwecke der Sicherheitsbestellung die auf die Eigentumsübertragung gerichtete Absicht derselben zum Aus-

druck gebracht ist, ist an demselben Tage zwischen ihnen der Leihvertrag abgeschlossen, laut welchem die Kläger dem Beklagten „ihre von demselben gekaufte Dampfdreschmaschine" geliehen haben und dieser sich verpflichtet hat, die Maschine zu jeder Zeit, wenn es verlangt werde, den Klägern wieder zurückzuliefern. Zufolge dieses Leihvertrages ist die Besitzübertragung durch constitutum possessorium und damit der Eigentumsübergang erfolgt. Hiezu ist zwar das Übereinkommen der Kontrahenten, daß der bisherige Besitzer fortan für den neuen Erwerber die Sache inne haben solle, nicht genügend, sondern es muß cf. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 183 und 184 ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint. Ein solches Rechtsverhältnis liegt in dem erwähnten Leihvertrage vor, aus welchem sich zugleich ergiebt, daß der Beklagte fortan im Namen der Kläger den Besitz der fraglichen Maschine, welche als die ihrige bezeichnet wurde, ausüben wolle und solle.

Beim Kommodat ist nicht erforderlich, daß der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, im Vertrage ausdrücklich bezeichnet sei, sondern es genügt auch, daß solcher Gebrauch sich aus den Umständen als gewollt ergebe. Nach der eigenen Angabe des Beklagten ist die Maschine ihm geliehen worden, damit er durch Vermietung derselben Geld verdiene. Das Kommodat zu einem solchen Gebrauch schließt aber die Gültigkeit der Bestimmung des Leihvertrages, daß der Beklagte verpflichtet sei, die Maschine zu jeder Zeit, wenn es verlangt werde, den Klägern zurückzuliefern, nicht aus; es war Sache des Beklagten, bei der Vermietung der Maschine so zu verfahren, daß er seiner ebenerwähnten Verpflichtung genügen konnte.

Die nach der Angabe des Beklagten beim Abschlusse des Vertrages getroffene Nebenberedung, daß er, so lange er seine Verpflichtungen zur Ablieferung von 4/5 des Nettoverdienstes aus der Vermietung der Maschine behufs der Abtragung der verbürgten Schuld und zur Zahlung der dem Kläger K. zukommenden Zinsen erfülle, die Maschine behalten solle, und die

Kläger so lange die Herausgabe der Maschine nicht fordern durften, kann neben dem schriftlichen Leihvertrage nicht bestehen, da sie mit einer in diesem enthaltenen ausdrücklichen Bestimmung im Widerspruche steht. Wenn über den Inhalt eines Vertrages von den Kontrahenten eine Urkunde errichtet wird, so ist anzunehmen, daß diese Urkunde den endgültigen, das Ergebnis der mündlichen Besprechung bildenden Vertragswillen enthalte, das Rechtsgeschäft also in derjenigen Weise, wie die Urkunde es ergebe, habe abgeschlossen sein sollen. Es würde daher eine mit der Urkunde im Widerspruche stehende gleichzeitige mündliche Nebenberedung nur dann rechtliche Geltung beanspruchen können, wenn in substantiierter Weise würde dargelegt werden, daß und aus welchem besonderen Grunde nicht die schriftliche, sondern die mündliche Bestimmung Geltung haben solle. An solcher Darlegung hat aber der Beklagte es fehlen lassen.

Zufolge des vom Beklagten beigebrachten, von den Klägern ebenfalls ausgestellten Reverses haben diese sich verpflichtet, die Dampfdreschmaschine zurückzugeben, wenn die 2100 *M*, für welche sie Bürgschaft geleistet hatten, sowie diejenigen 3600 *M*, welche der Kläger K. dem Beklagten gegen den Hypothekenschein angeliehen hat, zurückerstattet sein würden. Wenn nun auch die zuerst erwähnte Schuld von 2100 *M* bereits getilgt worden, so besteht doch noch die zuletzt angeführte Hypothekenschuld, und ist daher ein Anspruch des Beklagten auf Rückübertragung des von ihm auch zur Sicherstellung wegen dieser Schuld übertragenen Eigentums der Maschine noch nicht begründet. Die Meinung des Beklagten, daß der Kläger C. in Folge der Aufhebung der Bürgschaftsverpflichtung desselben verpflichtet sei, sein Miteigentum ihm, dem Beklagten, zurückzuübertragen, widerspricht dem aus dem Reverse ersichtlichen Übereinkommen der Parteien; auch ist es fehlsam, wenn der Beklagte das Miteigentum zur Hälfte als an ihn zurückgefallen in Anspruch nimmt.

Auf das Erbieten des Beklagten, dem Kläger K. die 3600 *M* zu bezahlen, waren die Kläger, selbst wenn hiebei diese Summe, wie von dem Beklagten behauptet ist, baar offeriert wäre, noch nicht zur Rückgabe der inzwischen in ihren Gewahrsam

gekommenen Maschine verpflichtet, da der Beklagte die Erstattung der den Klägern erwachsenen Prozeßkosten, auf welche diese nach der Sachlage einen begründeten Anspruch hatten, verweigerte.

---

## 2. Bestellung einer Prädialservitut für eine Eisenbahn.
### Ti. 17/1883.

Mit dem Vertreter des Königlichen Eisenbahnfiskus hatten die Bürger K. und T. in N. „als Besitzer zweier Grundstücke, welche im Anschlusse an einander auf der N . . . . . Feldmark belegen und zur Kiesausbeute für die Berliner Nordbahn geeignet seien", einen Vertrag geschlossen, aus welchem folgende Bestimmungen hier hervorzuheben sind. Laut § 1 dieses Vertrages überlassen die genannten Besitzer dem Königl. Eisenbahnfiskus modo dessen Cessionar auf unbeschränkte Zeit mit bindender Kraft auch für ihre Rechtsnachfolger ihre beiden näher bezeichneten Grundstücke zur Kiesausbeute, Kiesabfuhr und Kiesablagerung, insbesondere auch die Flächen davon, welche zur Anlage eines Arbeitsgeleises notwendig sind, und laut des § 2 haben die genannten Besitzer, falls es nach hiesigen, d. i. den in N., dem Orte des Vertragsabschlusses, geltenden Landesgesetzen noch einer besonderen Manipulation bedürfe, um das im § 1 dem Königl. Fiskus verliehene Recht gegen dritte Besitzer wirksam zu machen, sich verpflichtet, auf Erfordern jene, zu dinglicher Kraft führenden Akte vorzunehmen.

Auf die von der zuständigen Eisenbahnbehörde gegen T. erhobene Klage wurde derselbe verurteilt, auf seine, in dem Vertrage bezeichneten Ackerstücke die dem Prozeßgegner eingeräumten Rechte zur II. Rubrik eintragen zu lassen.

Die vom Beklagten dagegen erhobene Berufung wurde vom Oberlandesgerichte durch Urteil vom 25. Mai 1883 zurückgewiesen, dabei jedoch deklarierend vorgeschrieben, daß die Eintragung des Rechts, Kies zu graben, abzufahren und zu lagern, nur „für den Bedarf der Berliner Nordbahn zu erfolgen habe."

### Gründe.

Zu der Annahme, daß die Parteien nicht die Begründung einer Realservitut, sondern einen obligatorischen Vertrag beabsichtigt hätten, liegt kein Grund vor. Der Vertrag enthält kein Indiz dafür, daß bei der Abfassung desselben die Bestimmungen des Preußischen Rechts über die Voraussetzungen, unter denen die auf eine Sache bezüglichen Ansprüche einen dinglichen Charakter erhalten, als maßgebend vorgeschwebt hätten. Vielmehr

ist ausdrücklich auf die Mecklenburgischen Gesetze als diejenigen Bezug genommen, denen zur Begründung der dinglichen Kraft der dem Kläger laut des Vertrages eingeräumten Rechte von Seiten des Beklagten genügt werden sollte. Es kann deshalb hier dahin gestellt bleiben, wie es sich mit dem Preußischen Rechte in der vorgedachten Beziehung verhält; es kommt vielmehr nur darauf an, ob nach Mecklenburgischem Rechte für den angeführten Vertrag die Voraussetzungen vorliegen, unter denen zur Begründung des dinglichen Rechts die Eintragung in das Hypothekenbuch, und zwar, wie vom Kläger principaliter beantragt worden, in die II. Rubrik Statt hat. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit dem vorigen Richter zu bejahen, da der Vertrag allen Erfordernissen für die Begründung einer Realservitut entspricht. Der vorerwähnte Eingang des Vertrages weist mit genügender Deutlichkeit darauf hin, daß der Vertrag im Hinblick auf das Bedürfnis der Berliner Nordbahn geschlossen worden, indem durch die Hervorhebung, daß die in dem Vertrage bezeichneten Grundstücke zur Kiesausbeute für die genannte Bahn geeignet seien, und aus diesem Grunde der Vertrag geschlossen werde, auch als der Zweck die Kiesausbeute für diese Bahn erkennbar gemacht wird. Die genannte Eisenbahn ist aber, wenn auch der Grund und Boden derselben aus vielen einzelnen Grundstücken, die behufs der Herstellung der Bahn erworben wurden, zusammengesetzt ist, in ihrer nunmehrigen Gestalt von ihrem Ausgangspunkte bis zu ihrem Endpunkte ein bestimmtes einheitliches Grundstück, und dieses Grundstück, dessen Eigentümer der Königl. Preußische Fiskus ist, kann auch als ein herrschendes Grundstück in Bezug auf eine Servitut gelten. Daß der Kies ein Material ist, welches nicht bloß zur Erbauung, sondern auch zur weiteren Unterhaltung einer Eisenbahn erforderlich ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Es wird also einem dauernden Bedürfnisse einer Eisenbahn genügt, wenn einem anderen Grundstücke die Last auferlegt wird, die Ausbeutung des auf diesem vorhandenen Kieses für die Eisenbahn zu gewähren. Diese Ausbeutung wird durch das Bedürfnis der betreffenden Eisenbahn begrenzt. Auch in Bezug auf das dienende Grund-

stück ist im vorliegenden Falle die perpetua causa als zur Genüge vorhanden anzusehen. Die Perpetuität der causa hat in Bezug auf Realservituten von einem ähnlichen Inhalte, wie die hier zur Frage stehende, die Bedeutung, daß als Realservitut keine Befugniß bestellt werden kann, welche voraussichtlich nur kurze Zeit hindurch, wegen leicht erschöpften Vorrats des dienenden Grundstücks, ausgeübt werden kann. Es würde daher, — wie v. Vangerow, Pandekten Bd. I 7. Auflage § 340 S. 711 als Beispiel hervorhebt — wenn sich nur durch einmaliges zufälliges Ereignis eine Quantität Sand auf einem Grundstücke angehäuft hat, nicht eine servitus arenae fodiendae als Realservitut bestellt werden können. Es muß vielmehr nach der Beschaffenheit des dienenden Grundstücks die Möglichkeit zu einer längeren Dauer des Rechtsverhältnisses gegeben sein. Im vorliegenden Falle sind die Parteien von vorneherein darüber einverstanden gewesen, daß der Kiesvorrat auf dem beklagtischen Grundstücke ein nachhaltiger sei, der voraussichtlich auf längere Zeit ausreiche. Es ergiebt sich dies daraus, daß laut des Vertrages das beklagtische Grundstück, indem dasselbe als zur Kiesausbeute für die genannte Eisenbahn geeignet befunden wurde, auf unbeschränkte Zeit mit bindender Kraft auch für die Rechtsnachfolger des Beklagten dem Eisenbahnfiskus zur Kiesausbeute überlassen ist, daß die Entschädigung für das verliehene Recht nach dem zur Kiesausbeute in Angriff genommenen Flächen-Inhalt in der Weise reguliert ist, daß zunächst beim Beginn der Ausbeute die Entschädigung für eine Fläche von 4 Morgen im Betrage von 600 M für jeden Morgen praenumerando gezahlt werden sollte, was auch geschehen ist, und daß nach der Ausbeutung dieser 4 Morgen im Fall der weiteren Ausbeutung jedesmal wieder die weitere Entschädigung für 4 Morgen gewährt werden soll. Seit dem Jahre 1876 sind erst 4 Morgen in Angriff genommen, das ganze Grundstück des Beklagten hat aber einen Flächeninhalt von 32 512 Quadrat-Ruten. Wenn nun gegenüber der klägerischen Angabe, daß auf diesem Grundstücke ganze Berge von Kies und auch in der Tiefe Kieslager vorhanden seien, jetzt vom Beklagten behauptet wird, daß dort

nur ein Kiesberg sei und dieser für längere Zeit nicht ausreiche, so liegt doch deswegen kein Anlaß vor, durch Gutachten von Sachverständigen festzustellen, auf wie lange Zeit der Kiesvorrat des beklagtischen Grundstücks für das Bedürfnis der Nordbahn etwa noch ausreichen werde. Die ebenerwähnte jetzige Behauptung des Beklagten vermag, zumal sie die Angabe nicht enthält, daß binnen einer bestimmten kurzen Zeit der Kiesvorrat auf dem beklagtischen Grundstücke erschöpft sein werde, nicht, die Sachlage, wie sie sich zufolge des Vertrages darstellt und von den Parteien beim Abschlusse desselben übereinstimmend anerkannt und hingestellt ist, zu alterieren.

Anlangend die ferner noch vom Beklagten bestrittene Vicinität, so wird für den Bestand einer Realservitut nur ein solches räumliches Verhältnis zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke vorausgesetzt, daß dieses zu dem Zwecke des anderen benutzt werden kann. Wenn zwischen den beiden Grundstücken noch andere liegen, so ist zufolge der l. 23 § 3 D. de serv. praed. rust. (8, 3) nicht allemal erforderlich, daß der transitus über letztere kraft einer von deren Eigentümern eingeräumten Servitut ausgeübt werde, sondern genügt es, si proximi patiantur, wenn also auch nur ein praecarium vorliegt, vermöge dessen auf den dazwischen liegenden Grundstücken das geschehen darf, was zur Ausübung der Servitut nötig ist. Nach der eigenen Angabe des Beklagten besteht auf den zwischen der Nordbahn und dem beklagtischen Grundstücke liegenden Grundstücken ein zu jener gehöriger Schienenstrang, mittels dessen die Kiesausbeute ausgeübt wird. Die dazwischen liegenden Grundstücke bieten hienach jetzt kein Hindernis für die Ausübung der Servitut. Es ist aber auch der Kläger schon durch die Bestimmung des § 2 des vorerwähnten Expropriationsgesetzes, daß alle Grundeigentümer zur Abtretung desjenigen Grundeigentums und derjenigen Nutzungsrechte daran, welche zur planmäßigen Ausführung und zur Unterhaltung der Eisenbahn und der dazu gehörigen Werke und Anlagen für notwendig erkannt werden, verpflichtet sind, in Beihalt der weiteren Bestimmung desselben §, daß die Verpflichtung sich auch auf die Hergabe von Kies

und den sonstigen dort bezeichneten Materialien erstrecke ohne Rücksicht darauf, ob das Grundstück, wo sich solche Materialien finden, von der Eisenbahn und deren Beiwerken unmittelbar berührt werde, oder nicht, dagegen gesichert, daß in der zukünftigen Zeit die Ausübung der in Frage stehenden Servitut durch die dazwischen liegenden Grundstücke verhindert werde. Es bedarf schon deshalb, wenn auch der Beklagte die Behauptung des Klägers, daß im vorliegenden Falle die Überfahrt über die dazwischen liegenden Grundstücke durch Verträge mit deren Eigentümern und auch mit dem Pächter des einen Grundstücks gesichert sei, bestritten hat, nicht der Aufnahme des vom Kläger über solche Verträge angebotenen Beweises, sowie auch nicht der Erörterung, ob nicht den Beklagten hinsichtlich der von ihm aus dem Mangel der Vicinität hergeleiteten Einwendungen, für die er keine Beweismittel benannt hat, die Beweislast treffen würde.

---

### 3. Pfändung einer Geldforderung. Ru. 41/1883.

Als der Kaufmann K. aus N. auf Requisition des dortigen Untersuchungsrichters am 12. August 1882 in Hamburg verhaftet wurde, fand man im Besitze des ihn begleitenden Handlungsgehülfen S. die Summe von 440 ℳ, von der es zweifelhaft blieb, ob dieselbe dem K. oder dem S. gehörte. Das Geld wurde nach Abzug von 40 ℳ, welche dem S. zur Bestreitung seiner Rückreise restituiert waren, zurückbehalten und mit dem verhafteten K. an das Amtsgericht in N. abgeliefert. Dort begab sich am 23. September deff. J. der Gerichtsvollzieher in das Gefängnis des K. und erklärte diesem, daß er im Auftrage des Möbelhändlers R. in B. beauftragt sei, auf Grund des für vollstreckbar erklärten, vom dortigen Amtsgerichte unterm 22. deff. Monats erteilten Auszuges aus der Tabelle im Konkursverfahren des K. wegen der Forderung des Beklagten von 377 ℳ das Geld zu pfänden, welches von K. beim dortigen Amtsgerichte deponiert sei. K. hat darauf erklärt, daß er kein Geld beim dortigen Amtsgericht im Deposito habe; es sei dies das Geld, welches dem S. gehöre. Weiter heißt es dann in jenem Protokoll: „Ich schritt hierauf zur Pfändung des Geldes in Höhe von 377 ℳ beim hiesigen Großherzoglichen Amtsgerichte mit der Bitte, mir dasselbe zum Zweck der Auszahlung aushändigen zu wollen. Hierauf wurde mir mitgeteilt, daß das Amtsgericht die Pfändung anerkenne, jedoch das Geld nicht sogleich auszahlen könne, da bereits die K.'schen Eheleute erklärt, daß das Geld dem Kommis S. gehöre. Letzterer erhob gegen diese Pfändung

Widerspruch mittels Klage, welche das O.-L.-Gericht durch Urteil vom 1. Juni 1881, unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung, wegen Ungültigkeit und Wirkungslosigkeit des Pfändungsaktes als gegenstandslos abwies.

## Gründe.

Durch den Akt des Gerichtsvollziehers ist in Beihalt der §§ 712 und 713 der Civilprozeßordnung eine Pfändung des fraglichen Geldes nicht bewirkt; denn dasselbe befand sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, das Amtsgericht aber hat sich nicht bereit erklärt, das Geld, welches sich in seinem Gewahrsam befand, an den Gerichtsvollzieher herauszugeben, und dieser hat das fragliche Geld nicht in Besitz genommen. Seine bloße Erklärung, daß er das fragliche Geld pfände, war ohne rechtliche Wirksamkeit, und wenn ihm auch mitgeteilt wurde, daß das Amtsgericht seine Pfändung anerkenne, so konnte durch ein solches Anerkenntnis die nicht geschehene Pfändung nicht zur Pfändung gemacht werden. Hatte etwa K. einen Anspruch an das genannte Amtsgericht auf Herausgabe des von diesem asservierten Geldes, so konnte die Pfändung dieses Anspruchs für den Beklagten nicht durch einen Gerichtsvollzieher, sondern in Gemäßheit der §§ 745, 730 und 729 der Civilprozeßordnung nur durch das Vollstreckungsgericht erfolgen.

Es kann auch der von dem genannten Gerichtsvollzieher vorgenommene Akt nicht als eine vorläufige Beschlagnahme gelten, wie sie nach § 744 der Civilprozeßordnung durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers statthaft ist; denn hiezu ist erforderlich, daß der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen läßt mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die nach dem § 690 der Civilprozeßordnung dem Dritten, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, zur Geltendmachung seines Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung zustehende Klage setzt voraus, daß die Zwangsvoll-

streckung bereits begonnen, der fragliche Gegenstand bereits von der Zwangsvollstreckung ergriffen sei. cf. Seuffert, Kommentar zur C.-P.-Ordnung 2. Aufl. ad § 690 und Endemann, der Deutsche Civilprozeß Bd. III S. 175. Der Akt, mit welchem die Zwangsvollstreckung beginnt, ist bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche körperliche Sachen und in Ansprüche auf die Herausgabe solcher Sachen die Pfändung nach §§ 712 und 730 Abs. 3 oder im Falle der vorläufigen Beschlagnahme nach § 744 die in Gemäßheit dieses § erfolgte Benachrichtigung des Drittschuldners cf. Seuffert l. c. ad § 693. Ein solcher Beginn der Zwangsvollstreckung hat im vorliegenden Falle noch überall nicht stattgehabt, und das fragliche Geld, welches der Gerichtsvollzieher hat pfänden wollen, ist von einer Zwangsvollstreckung noch in keiner Weise ergriffen. Durch die bloße Erklärung des Gerichtsvollziehers an das Amtsgericht ist das Recht des Klägers in Bezug auf das fragliche Geld überall nicht verletzt, sein Verhältnis zu dem Gelde rechtlich nicht alteriert worden, indem diese Erklärung für das Amtsgericht eine rechtliche Verbindlichkeit, das fragliche Geld an den Kläger nicht herauszugeben, nicht begründete. Es war daher für den Kläger keine rechtliche Veranlassung zu der Widerspruchsklage aus dem § 690 der Civilprozeßordnung gegen den Beklagten vorhanden. Ob etwa aus dem § 685 der Civilprozeßordnung, nach welchem auch einem bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Dritten die Vorbringung seiner Einwendungen hinsichtlich der Art und Weise der Zwangsvollstreckung und hinsichtlich des Verfahrens des Gerichtsvollziehers bei dem Vollstreckungsgerichte zusteht, für den Kläger ein ausreichender Grund zu einer Beschwerde gegen den Gerichtsvollzieher vorlag, kann hier dahin gestellt bleiben.

Wenn ferner auf den Antrag des Klägers das Amtsgericht zu N. die in der Anl. A der Klageschrift enthaltene einstweilige Verfügung vom 30. September v. J. erließ, daß von dem Seitens der Polizeibehörde zu Hamburg als den K.'schen Eheleuten gehörig eingelieferten Gelde die vom Gerichtsvollzieher am 23. deff. M. für den Kläger abgepfändete Summe von 377 ℳ bis

auf Weiteres im gerichtlichen Verwahrsam verbleiben und an den Gerichtsvollzieher nicht ausgezahlt werden solle, und wenn hiebei dem Kläger eine Frist bestimmt wurde, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden sei, so ist aus solcher Verfügung, welche der Kläger in der Meinung, daß eine Pfändung erfolgt sei, zur Einstellung derselben erwirkte, nicht herzuleiten, daß der Beklagte dem Kläger eine rechtliche Veranlassung zur Erhebung der Widerspruchsklage aus dem § 690 der Civilprozeßordnung gegeben habe.

Die erhobene Klage ist auch nicht als eine Feststellungsklage aus dem § 231 der Civilprozeßordnung aufrecht zu erhalten. Für die durch den § 690 zur Geltendmachung des Widerspruches gegen eine Zwangsvollstreckung gewährte Klage besteht der ausschließliche Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt ist, während die Feststellungsklage im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten anzubringen ist. Schon aus diesem Grunde darf für jene Klage, auf welche der Beklagte sich in dem vorerwähnten ausschließlichen Gerichtsstande einlassen mußte, nicht ohne seine Einwilligung eine Feststellungsklage bei demselben Gerichte substituiert werden. Überdies fehlt es, wenn der Beklagte nicht durch eine wirkliche Pfändung das vom Kläger in Anspruch genommene Recht verletzt hat, dem Beklagten gegenüber auch an jedem rechtlichen Interesse für die Feststellung des Rechtsverhältnisses des Klägers hinsichtlich des fraglichen Gegenstandes, und der Beklagte steht, wenn eine Pfändung nicht erfolgt ist, weder zu dem fraglichen Gegenstande, noch zu dem Kläger in einem Rechtsverhältnisse.

Nach dem Vorstehenden ist die erhobene Klage, da der vermeintliche Pfändungsakt, gegen welchen durch dieselbe ein Widerspruch geltend gemacht wird, ungültig ist und einer rechtlichen Wirksamkeit ermangelt, als gegenstandslos abzuweisen.

---

## 4. Dienstentlassung fest angestellter städtischer Beamten durch den Magistrat im Disziplinarwege. Ga. 22/1882.

Der ohne Vorbehalt einer Kündigung angestellte Stadtsekretär M. in G. hatte verschiedene Dienstwidrigkeiten begangen. Auf Antrag des Magistrats ließ deshalb das Ministerium des Innern seinen Geschäftsbetrieb durch einen zu diesem Zwecke bestellten Kommissar untersuchen und eröffnete auf Grund der dabei gewonnenen Ergebnisse dem Magistrat, daß zwar keine strafbaren Handlungen ermittelt seien, der M. aber zu Amtsgeschäften nicht weiter verwendet werden dürfe. In Folge dessen wurde er entlassen und ihm gesagt, daß der Magistrat hiernach nicht mehr in der Lage sei, ihm sein Gehalt auszuzahlen.

M. klagte nunmehr, daß sein Anspruch auf Fortbezug des ihm vom Beklagten zugesicherten Gehalts von jährlich 1500 ℳ, zahlbar in Quartalraten postnumerando aus der Kämmereikasse zu G. festgestellt und demgemäß der beklagte Magistrat zur Zahlung verurteilt werde.

Der Beklagte setzte der Klage den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges entgegen, und stützte denselben darauf, daß der Kläger bereits im Administrativwege seit dem 31. März 1882 seines Dienstes entlassen sei. Dieser Einwand ist durch das Zwischenurteil des Landgerichts vom 11. Juli v. J. zurückgewiesen, weil die Fragen: ob überhaupt eine (administrative) Amtsentsetzung vorliege, bezw. ob eventuell solche den Verlust des Gehaltes zur Folge habe, der gerichtlichen Kognition nicht entzogen seien. Das demnächst in demselben Termine verkündete Endurteil entsprach im Übrigen dem Klageantrage, jedoch erfolgte die Feststellung nur dahin, daß der klägerische Gehaltsanspruch „zur Zeit" fortbestehe, und wurde die Verurteilung des Beklagten auf die für den Zeitraum vom 1. April bis 30. Juni 1882 am 1. Juli 1882 fällig gewordene Gehaltsrate beschränkt, dagegen die Klage auf die noch nicht fälligen Raten zur Zeit abgewiesen. Bei der Begründung dieser Entscheidung ist das Landgericht von der Annahme ausgegangen, daß eine Amtsentsetzung des Klägers bisher überhaupt noch nicht erfolgt sei.

Nach Verkündung dieses Urteils erließ der Magistrat, welcher Berufung dagegen einlegte, ein förmliches, dem Kläger zugestelltes Erkenntnis mit Entscheidungsgründen, welches denselben seines Amtes als Stadtsekretär enthob.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück durch Urteil vom 23. April 1883, dessen Gründe von allgemeinem Interesse nur sind, soweit sie den als Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges bezeichneten Einwand betreffen.

Die auf den anerkannten Dienstvertrag gestützte Klage ist an sich, und abgesehen von den Einreden des Beklagten, begründet und liquide. Unerheblich ist insbesondere auch der gegen die Zulässigkeit auf Feststellung des Gehaltsanspruchs überhaupt

gerichtete Einwand des Beklagten, da das rechtliche Interesse an der Feststellung, im Hinblick auf die künftig fällig werdenden, mithin noch nicht klagbaren, Gehaltsraten auf der Hand liegt.

Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges kommt hier nur insofern zur Frage, als die Klage gegenstandslos sein würde, wenn der Kläger durch endgültige, der gerichtlichen Kognition entzogene, administrative Entscheidung seines Dienstes seit dem 31. März 1882 entsetzt wäre und folgeweise seit diesem Zeitpunkte den Anspruch auf Gehalt verloren hätte. Das Landgericht konnte von einer Erörterung, ob eine solche Entscheidung im Administrativwege zulässig war, absehen. Gegenwärtig wird auf diese Frage umsomehr einzugehen sein, nachdem jetzt die Amtsenthebung des Klägers durch die beigebrachte Magistratsentscheidung vom 28. August v. J. formell ausgesprochen ist, da nur im Falle der Bejahung der Frage die weitere Würdigung der Bedeutung dieser Entscheidung und der ergangenen sonstigen administrativen Erlasse ein Interesse bieten würde.

Der Kläger ist vom Magistrat, dem § 8 der Stadtordnung gemäß, auf Lebenszeit, ohne Kündigungsvorbehalt, als Sekretär der Stadt G. angestellt. Er war als solcher nach § 4 der Stadtordnung dem Magistrate „beigeordnet"; dies ist im Sinne einer Unterordnung aufzufassen, indem er nicht zu den Ratsmitgliedern, sondern zu den diesen in der Verordnung vom 20. August 1827 sub 9 (Raabe IV 818 ff.) gegenübergestellten „Subalternen" gehörte, und demzufolge zum Magistrate in einem dienstlichen Gewaltverhältnisse stand, vermöge dessen dieser ihn — wenn zwar die Stadtordnung hierüber ausdrückliche Bestimmungen nicht enthält — durch Mittel der Disziplin zur Erfüllung seiner Dienstobliegenheiten anhalten durfte. Da ferner die obrigkeitlichen Rechte, welche ein öffentlicher Beamter, auch der mittelbar im Staatsdienste stehende Kommunalbeamte, handhabt, nicht seine Rechte sind, er nicht deren Subjekt ist, sondern durch ihre Ausübung nur eine ihm obliegende Pflicht erfüllt (Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. I S. 460), so hatte der Kläger keinen rechtlich verfolgbaren Anspruch auf Zulassung zur Ausübung der ihm übertragenen Dienstfunktionen;

der Magistrat konnte auf die bezügliche Pflichterfüllung verzichten. Dagegen entspricht es der Vertragsnatur des Dienstverhältnisses, daß der vermögensrechtliche Anspruch des Beamten auf den zugesicherten Dienstgehalt bezw. die Frage der Rechtmäßigkeit der Entziehung des Gehalts nicht dem einseitigen dienstherrlichen Ermessen unterworfen, sondern im Rechtswege geschützt wird.

Hiemit steht das in Mecklenburg geltende Recht im Einklange. Beachtlich wird in dieser Beziehung schon die in der kaiserlichen Resolution vom 30. Oktober 1732 (Nr. 483 sub 5 der Justissimae decisiones) dem Landesherrn erteilte Weisung:

> „auf Conservation der Bedienten in Mecklenburg, nach Befindung der Justiz und Billigkeit gemäß, das ist, in so lang sie nicht etwas verbrechen, wodurch sie die Absetzung von ihren Bedienungen meritiren, zu gedenken" —

In dem bei v. Kamptz, Mecklb. Rechtssprüche Bd. 1 S. 172, 173 mitgeteilten Falle beschied das damalige Hof- und Landgericht einen Amtsaktuar, welcher dort über eine gegen ihn von der herzoglichen Cammer verhängte Disziplinaruntersuchung Beschwerde erhob, weil es auf seine Dienstentlassung angesehen, diese aber eine Justizsache sei, deren Erörterung und Entscheidung landesverfassungsmäßig außerhalb der Grenzen der Gewalt der Kammer liege, vom 31. März 1800 dahin:

> „daß bei der unzubezweifelnden Befugniß der herzoglichen Cammer zur Officialuntersuchung der Disciplinarfehler der unter ihr stehenden Bedienten, und da eine solche, von keiner Aufrufung der Dienstverhältnisse begleitete Untersuchung überall keine Justizsache sei, seinem Gesuche zur Zeit um so weniger zu willfahren sei, als durch diese Untersuchung seinen rechtlichen Befugnissen in Ansehung der auf das Resultat derselben von herzoglicher Cammer erkannt werdenden Verfügungen kein Nachtheil erwachse, selbige ihm vielmehr, nach Bewandtniß der Umstände **ungekränkt und unbenommen** blieben.

In den in v. Nettelbladt's Entscheidungen des früheren Oberappellationsgerichts Bd. IV S. 176 ff. sub 3 und 4 mit-

geteilten Fällen wurde bei dem Streit über die Wirksamkeit der Kündigung eines Stadtsprechers bezw. über den Anspruch eines Stadtsyndikus auf Fortbeziehung der Dienstemolumente bei temporärer Nichtleistung der Dienste der Einwand, daß es sich nicht um eine Justiz-, sondern um eine Regierungssache handele, zurückgewiesen. Ebenso wurde in einem anderen, an das Oberappellationsgericht gerichteten Falle im Jahre 1828 über die Rechtmäßigkeit der Kündigung eines Stadtsprechers, dessen Amt auf Lebenszeit verliehen war, sofern nicht besondere Umstände eine Kündigung erheischen sollten, im Civilwege sachlich erkannt, und die Abweisung des Klägers darauf gestützt, daß derselbe nicht ganz straflos aus der gegen ihn geführten Untersuchung hervorgegangen sei, sich des Dienstes und des unerläßlichen Vertrauens der Bürgerschaft unwert gemacht und damit zu der Kündigung gerechte Veranlassung gegeben habe.

Mit Grund hat ferner der Kläger, welcher als Stadtsekretär nach § 2 der landesherrlich bestätigten Statuten des Ratswitweninstituts Mitglied desselben ist, die von ihm angeführte Bestimmung des § 7 sub b der Statuten für sich geltend gemacht. Die dort gebrauchte Ausdrucksweise: „Wer aus seinem Posten durch Urtheil und Recht entsetzt wird, hört, sobald das Urtheil in Rechtskraft eingetreten ist, auf, ein Mitglied des Instituts zu sein,“ bezielt nach dem herrschenden Sprachgebrauche zweifellos eine gerichtliche Aburteilung, und kann daher, wie auch in dem Schreiben des Generaldirektoriums des Instituts angenommen wird, einer im administrativen Verfahren verfügten Dienstentlassung die Wirkung einer Beendigung der Mitgliedschaft nicht beigelegt werden; die Mitgliedschaft setzt aber die Fortdauer des betreffenden Amtes voraus, und muß deshalb angenommen werden, daß dieses im Sinne jener für die dienstliche Stellung des Klägers als Spezialgesetz maßgebenden statutarischen Bestimmung, abgesehen von den im § 7 sub c und d gedachten, hier nicht in Frage kommenden Eventualitäten, überhaupt nur im Rechtswege entziehbar sein soll.

Ein Ausnahmeverhältnis ergiebt sich zwar aus der die Ablegung der Rechenschaft von anvertrautem Gut betreffenden Ver-

ordnung vom 31. Januar 1817 (Raabe Bd. II S. 520), wonach öffentliche Kassenbeamte, welche durch eine summarische, von ihrer kompetenten Dienstbehörde zu verfügende Untersuchung überführt sind, in ihrem Amte Geld unterschlagen oder dasselbe sonst zu Privatzwecken mißbraucht zu haben, nach zuvor von der Behörde an die Landesregierung erstattetem Vortrage, vorbehältlich der gerichtlichen Untersuchung und Bestrafung, sofort ihres Amtes entlassen werden sollen. Diese gesetzliche Bestimmung, nach welcher also in den gedachten Fällen die Amtsenthebung im Administrativwege anzuordnen ist, gestattet aber nach ihrer Fassung keine ausdehnende Auslegung bezüglich anderer dort nicht erwähnter strafbarer Handlungen eines Beamten, und kann um so weniger auf disziplinäre Vergehen oder Verstöße erstreckt werden, um welche es sich im vorliegenden Falle allein handelt. Ohnehin würde bei analoger Anwendung der Verordnung eine Dienstentlassung nur auf regiminelle Anordnung erfolgen können; das Großherzogliche Ministerium des Innern hat aber, wie bereits in der Begründung des landgerichtlichen Urteils gezeigt worden ist, und wie weiter aus dem Reskripte vom 30. Oktober 1882 erhellt, eine solche Anordnung nicht getroffen, sich vielmehr lediglich innerhalb der Grenze der demselben nach der Verordnung vom 20. August 1827 zukommenden Aufsichtsstellung gehalten, und spricht in dem erwähnten Reskripte seine Ansicht dahin aus, daß, insoweit die über den Stadtsekretär handelnden §§ 6 ff. der Stadtordnung über die Entlassung aus dem Amte nichts festgesetzt hätten, ebenso wie für die dort erwähnten Magistratsmitglieder, das allgemeine Landesrecht entscheide.

Die Verordnung vom 22. April 1879 bezieht sich nur auf das Disziplinarverfahren gegen Richter. Es fehlt an entsprechenden allgemeinen Bestimmungen für andere öffentliche Beamte. Es kann daher die Frage, ob die erfolgte einseitige Lösung des klägerischen Dienstverhältnisses sachlich gerechtfertigt war, nur im Wege des Civilprozesses erledigt werden, und liegt

es dem Beklagten ob, seine bezügliche Einrede der liquiden Klage gegenüber zu begründen.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen.

---

### 5. Haftpflichtgesetz. Bo. 61/1883.

Der Arbeiter S. war am 12. Juni 1882, während er in der Dampfsägeanstalt des Mühlenmeisters B. beim Besäumen eines Brettes mittels der dort durch die Dampfmaschine betriebenen Kreissäge beschäftigt war, mit der linken Hand in die Säge geraten, hatte hierbei mehrere Finger eingebüßt, und in Folge der dadurch bedingten Gebrauchsunfähigkeit der Hand eine dauernde wesentliche Abminderung seiner Arbeitskraft erlitten. Er klagte deshalb gegen seinen Arbeitgeber auf Ersatz der unbestritten aufgewandten Kurkosten, des während der Zeit bis zum 21. August 1882 für 60 Werktage, wie ebenfalls nicht bestritten ist, ganz weggefallenen, und des für die Folgezeit geminderten Arbeitsverdienstes. Der Kläger, welcher bis dahin in dem Etablissement des Beklagten mit anderen Arbeiten eines gewöhnlichen Arbeiters beschäftigt wurde, war an dem genannten Tage zuerst bei der Kreissäge von dem Vorarbeiter X. angestellt, nachdem der Beklagte diesen angewiesen hatte, bei der fraglichen Arbeit einen Mann zur Hülfe zu nehmen. Schutzvorrichtungen für die bei der Kreissäge beschäftigten Arbeiter bestanden nicht. Nach der, vom Kläger jedoch geleugneten, Behauptung des Beklagten machte X. den Kläger beim Beginne der Arbeit auf deren Gefährlichkeit aufmerksam. Die Aufgabe des Klägers war es, den Rand des Brettes an die Säge zu bringen, während X. dasselbe nachschob. Über die weitere Veranlassung des Unfalls besteht Streit. Nach Angabe des Klägers kamen ihm von der rotierenden Kreissäge aufwirbelnde Holzsplitter in das unbewehrte Auge, und geriet, während er diese mit der rechten Hand zu entfernen suchte, die linke, welche auf dem der Säge sich zubewegenden Brette ruhte, mit demselben in die Säge. Der Beklagte bestreitet diesen Hergang; nach seiner Behauptung griff der Kläger, nachdem er beim Schneiden des Brettes bereits an der Säge vorüber war, unmotiviert in diese mit der Hand hinein.

Unter Aufhebung des in dieser Sache ergangenen erstinstanzlichen Urteils verurteilte das Oberlandesgericht durch Erkenntnis vom 28. Mai 1883 im Wesentlichen dem Klageantrage gemäß aus folgenden Gründen.

Das Berufungsgericht erachtet auf den vorliegenden Fall den § 2 des Reichs-Haftpflicht-Gesetzes vom 7. Juni 1871 für anwendlich und die Verurteilung des Beklagten wesentlich gemäß dem Klagantrage, ohne Erhebung der von beiden Teilen ange-

botenen weiteren Beweise, für gerechtfertigt. Es wird hierbei davon ausgegangen, daß die Dampfsägemühle des Beklagten eine „Fabrik“ im gesetzlichen Sinne ist. Den Begriff einer Fabrik hat so wenig das gedachte Reichsgesetz wie die Reichsgewerbeordnung definiert, und ist es dem Richter überlassen, in Zweifelsfällen zu entscheiden, ob es sich um ein Fabrikunternehmen handelt. Es ergiebt sich nun ohne Weiteres, daß hier kein bloß handwerksmäßiger Betrieb in Frage steht. Das Sägewerk des Beklagten ist auf den Betrieb durch eine eigene Dampfmaschine eingerichtet, und hat sich der streitige Unfall gerade bei dem Betriebe mittels Dampfkraft zugetragen. Schon hieraus erhellt aber auch, daß das fragliche gewerbliche Unternehmen kein ganz unerhebliches ist, wie denn dasselbe auch nach den Angaben der Parteien jedenfalls mehreren Arbeitern Beschäftigung gewährte. Dem Begriffe eines fabrikmäßigen Betriebes steht es auch nicht entgegen, daß, wie der Beklagte angiebt, in seiner Sägemühle nur fremdes Holz gegen Sägelohn geschnitten, nicht auch eigenes Holz des Beklagten für den Handel verarbeitet wird, indem dieser äußere Zweck gegenüber jener Art des gewerblichen Betriebes mehr nebensächlich erscheint. Die Annahme, daß hier eine Fabrik in Frage steht, unterliegt unter diesen Umständen keinem beachtlichen Bedenken.

Es sind aber auch die weiteren nach § 2 des gedachten Gesetzes die Haftpflicht eines Fabrikunternehmers begründenden Voraussetzungen hier gegeben. Der X. nahm bei dem fraglichen Besäumen von Brettern mittels der Kreissäge eine Aufsichtsstellung zu dem Kläger ein; derselbe war bereits früher mit dieser Arbeit befaßt und damit vertraut, und hatte den darin noch unerfahrenen Kläger als Gehülfen zugezogen. Dies widersprach nicht der ihm vom Beklagten erteilten Weisung, „einen Mann“ bei der Säge zur Hülfe zu nehmen. Geht man nun auch mit dem Beklagten und dem Ausspruche der bisher vernommenen Sachverständigen davon aus, daß besondere Einrichtungen zum Schutze der bei der streitlos gefährlichen Arbeit beschäftigten Personen nach der besonderen Beschaffenheit dieser Arbeit nicht angebracht werden konnten, so lag es doch, und

zwar gerade wegen des Mangels jeder Schutzvorrichtung um so mehr dem X. ob, den Kläger über die naheliegende Gefahr und über sein Verhalten zur Abwendung derselben speziell zu belehren, und ist derselbe in dieser Beziehung von einem Verschulden nicht freizusprechen. Die nur behauptete allgemeine Warnung war, in Anbetracht der anzunehmenden mangelhaften Einsicht des Klägers bezüglich der ihm neuen Arbeit, unausreichend. Nach der zutreffenden Ausführung des früheren Reichsoberhandelsgerichts (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 29 nr. 239), erfordert die Pflicht eines Aufsehers, besonders wenn die ihm obliegende Aufsicht sich auf ein an sich gefährliches Geschäft bezieht, auch dessen Einschreiten gegen ein ungeeignetes Verhalten der Arbeiter, um diese vor Schaden zu bewahren. Das Gesetz wollte in wohlwollender Absicht für die arbeitende Klasse einen ausreichenden Schutz derselben gegen die Gefahren ihres Berufes insofern gewähren, als es sich um die Folgen von Verschulden der Vorgesetzten handelt, und konnte bei der bekannten Erfahrung, daß die gewöhnlichen Arbeiter die ihnen bei dem Fabrikbetriebe drohenden Gefahren nicht immer richtig würdigen und zu übersehen vermögen, seinen Zweck nur dann vollständig erreichen, wenn es die Pflicht der Vorgesetzten, Aufseher u. s. w. unterstellte, ein ungeeignetes Gebahren der Arbeiter in deren Interesse möglichst zu verhindern. Im vorliegenden Falle brachte die Art der Arbeit es — wie auch die Sachverständigen hervorheben — unvermeidlich mit sich, daß die Hand des Klägers der Säge nahe kam, und schon ein geringer Fehlgriff bezw. eine Verschiebung der Hand konnte dieselbe in den zerstörenden Bereich der Säge bringen. Dies zu verhüten war jedenfalls eine unausgesetzte, scharfe Aufmerksamkeit des Arbeiters geboten, und konnte hierbei, wie die Sachverständigen ebenfalls anerkennen, leicht ein Hemmnis, insbesondere durch in die Augen geratende Sägespäne entstehen. An näherer Instruktion des Klägers für solche Fälle, sowie bezüglich der auf die Haltung der Hand zu richtenden steten Aufmerksamkeit durfte der X. es nicht fehlen lassen, wenn auch nach der Meinung der Sachverständigen die Ausführung der Arbeit die Kenntnis besonderer Manipulationen

nicht erforderte. In der in dieser Beziehung dem X. vorzuwerfenden Unterlassung ist ein Verschulden desselben in Ausführung seiner Dienstverrichtung im Sinne des § 2 des Haftpflichtgesetzes zu erblicken. Das Berufungsgericht hat aber schon aus den bisherigen Prozeßergebnissen die Überzeugung von dem Vorhandensein eines ursächlichen Zusammenhanges jener schuldhaften Unterlassung mit dem eingetretenen Unfalle gewonnen. Diese Überzeugung findet, wenn zwar nicht positiv festgestellt ist, daß der Blick des Klägers durch einfliegende Splitter beeinträchtigt wurde, in der bemerkten gefahrvollen Situation, in welcher der über sein Verhalten nicht genügend belehrte und in der Handhabung der zu schneidenden Bretter, wie anzunehmen, nicht geübte Kläger sich bei der Ausrichtung der ihm geheißenen Arbeit befand, einen bestimmten Anhalt, während beachtliche Umstände, welche glaublich auf ein ihm zu imputierendes Verschulden hinwiesen, nicht ermittelt sind. Der unbeeidigten Angabe des nach der obigen Sachlage nicht einwandsfreien Zeugen X., der Kläger habe von oben in die Säge hineingegriffen, ist ein beachtlicher Beweiswert um so weniger zuzuerkennen, als die Meinungen der Sachverständigen — einerseits des Dr. B., andererseits der vom Beklagten benannten Experten — darüber, ob die Angabe des Zeugen für glaublich zu halten sei, auseinander gehen. Ohnehin würde jene bezeugte äußere Thatsache nicht an sich und ohne Weiteres als sicheres Indiz für ein schuldhaftes Verhalten des Klägers gelten können. Dem Beklagten hätte es obgelegen, nach dieser Seite hin besseren Beweis zu erbringen.

Der hiernach durch das Verschulden des X. verursachte Schade, für welchen der Beklagte gesetzlich haftet (§ 2, § $3^2$ des Gesetzes) besteht, neben den Heilungskosten in der Erwerbsunfähigkeit des Klägers bis zum 21. August 1882 und in der dauernden Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit für die Folgezeit. Bestritten ist unter den Parteien nur die Höhe des in Folge der verminderten Arbeitsfähigkeit dem Kläger entgehenden Verdienstes, und zwar auch nur hinsichtlich der Höhe des Tagelohnes, welchen der Kläger bei voller Arbeitsfähigkeit verdienen

würde, während derselbe nach dem Einverständnisse der Parteien, in Folge der erlittenen Verstümmelung, nur 75 ₰ täglich zu erwerben vermag. Der Kläger berechnet jenen Tagelohn auf 1 ℳ 75 ₰, welchen Betrag er unbestritten während seiner früheren Arbeitsstellung bei dem Beklagten bezog. Dieser räumt höchstens 1 ℳ 15 ₰ als den in F. üblichen Tagelohn ein. Die Aufstellungen der Parteien differieren mithin um 60 ₰. Auf Grund des § 7 des Haftpflichtgesetzes hat das Gericht einen täglichen Durchschnittserwerb von 1 ℳ 50 ₰ zum Grunde gelegt, und demgemäß den verminderten Erwerb des Klägers auf 75 ₰ festgestellt. Berücksichtigt ist hierbei, daß einerseits der Beklagte selbst dem Kläger für die Arbeit in der Holzsägefabrik 1 ℳ 75 ₰ bewilligte, während andererseits der Kläger keinen Rechtsanspruch auf Fortdauer eben dieses Arbeitsverhältnisses hatte, auch der mutmaßliche Erwerb eines gewöhnlichen Arbeiters für die Zeit des Winters niedriger zu veranschlagen ist als für die längeren Tage des Sommers. Der demnach dem Kläger zugebilligte Ersatz von 75 ₰ für jeden Werktag bleibt in seiner Jahressumme hinter dem von ihm beanspruchten Betrage von jährlich 300 ℳ zurück. Die betreffende Zahlung ist dem Beklagten nach dem klägerischen Antrage in Monatsraten postnumerando auferlegt, wobei seine Verpflichtung zur sofortigen Zahlung der bereits fällig gewordenen Raten ebenso wie die Heilungskosten und der für die Zeit bis zum 21. August einschließlich zu leistenden Ersatzsumme sich von selbst ergiebt.

Beiden Teilen verbleiben selbstverständlich die im § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes vorbehaltenen Rechte.

---

## 6. **Regiminelles Aufsichtsrecht zur Erhaltung der ritterschaftlichen Bauern.** Se. 64/1882.

Der Bauer L. in G. hatte sich über seinen Gutsherrn wegen unterlassener Reparatur eines unentbehrlichen Stallgebäudes beim Ministerium des Innern beschwert, welches hierüber von dem Gutsherrn Bericht erforderte. Dieser verweigerte jede Auskunft und wurde dieserhalb in eine Ungehorsams-

strafe genommen, welche schließlich mit den in dieser Angelegenheit entstandenen Kosten von ihm im Wege der Administrativexekution beigetrieben wurde. Dieser klagte nunmehr gegen das Ministerium, indem er beantragte:

1. dahin zu erkennen, daß dem Großherzoglichen Ministerium des Innern nicht das Recht zustehe, von ihm die Erklärung über solche Beschwerden des Bauern L. zu verlangen, welche, wie hier, lediglich die Erfüllung seiner verpächterischen Verbindlichkeiten bezwecken, folgeweise also auch nicht das Recht, durch Strafandrohungen und Strafvollziehungen solche Erklärung von ihm zu erzwingen, eventuell nicht ein solches Recht ohne Einhaltung der im § 453 der Strafprozeßordnung gegebenen Vorschriften,
2. dasselbe zu verurteilen, daß es die durch die Pfändung und den erzwungenen Verkauf eines seiner Pferde, also unter Überschreitung seiner amtlichen Befugnisse gewaltsam aus seinem Vermögen erhobenen ℳ 336,22 teils Strafe, teils Gebühren, mit Zinsen zu 5% p. a. von da ab ihm zu erstatten habe.

Er wurde abgewiesen, weil der Antrag 1 im Rechtswege nicht verfolgbar, der Antrag 2 aber unbegründet sei.

Die Berufung hiergegen wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 6. Dezember 1882 zurückgewiesen.

## Gründe.

Zufolge der Landesherrlichen Verordnung vom 4. April 1853, betreffend die Organisation der Ministerien, § 5 sub B. b. 3 steht dem Ministerium des Innern die Handhabung der Landesherrlichen Polizeigewalt in ihren verschiedenen Beziehungen zu mit Ausschluß derjenigen, welche sachlich zu dem Ressort eines der übrigen Ministerien gehören, und ressortiert daher zu demselben mit der bemerkten Beschränkung die regiminelle Thätigkeit in Bezug auf die Wohlfahrtspolizei und als dahin gehörig insbesondere die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse außerhalb des Domaniums. Die landespolizeiliche Fürsorge der Regierung für die Erhaltung der bäuerlichen Verhältnisse auf den Gütern der Ritter- und Landschaft wird durch das Ministerium des Innern ausgeübt. Demzufolge hat dieses Ministerium in Ausübung des Landesherrlichen Aufsichtsrechts auch darüber zu wachen, daß die Bauerstellen in dem für ihre Bewirtschaftung erforderlichen Bestande erhalten bleiben. Das genannte Ministerium handelt daher in Ausübung des Landesherrlichen Aufsichtsrechts, indem es in Veranlassung der von dem

Schulzen L. bei demselben wider den Berufungskläger wegen Unterlassung der Reparatur des für die Wirtschaft des Ersteren notwendigen Stalles erhobene Beschwerde den Berufungskläger zur berichtlichen Erklärung aufforderte.

Dieser hat nun in dem ersten Teile seines Klageantrages beantragt, dahin zu erkennen, daß dem Großherzoglichen Ministerium des Innern nicht das Recht zustehe, von ihm die Erklärung über solche Beschwerden seiner Bauern zu verlangen, welche, wie hier, lediglich die Erfüllung seiner verpächterischen Verbindlichkeiten bezwecken. Solchen Antrag hat derselbe auch in der Berufungsinstanz aufrecht erhalten, jedoch mit der Einschränkung auf Beschwerden des Bauern L. Zwar kann zufolge des § 231 der C.-P.-O. auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Eine solche Feststellungsklage setzt aber ein dem bürgerlichen Rechte, dem Privatrechte angehörendes Rechtsverhältnis voraus, indem es zufolge des § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes und abgesehen von der durch § 30 der Mecklenburgischen Ausführungsverordnung zur Civil-Prozeß-Ordnung statuierten Ausnahme, daß fiskalische Klagen gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen nach Maßgabe der Civil-Prozeß-Ordnung geltend zu machen sind, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind, welche vor die Civilgerichte gehören. Das Verhältnis des Berufungsklägers als ritterschaftlichen Gutsherrn zum Ministerium des Innern als Landespolizeibehörde ist jedoch kein bürgerliches Rechtsverhältnis. Aus diesem Grunde ist daher für die in dem erwähnten ersten Teile des Klageantrages sub 1 bezielte Feststellungsklage der Rechtsweg vor den Civilgerichten unzulässig.

Der Vertreter des Ministeriums des Innern hat auch dem übrigen Klageantrage schon in der ersten Instanz die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges entgegengesetzt und hat diese Einrede auch soweit, als sie in der ersten Instanz nicht anerkannt ist, in der gegenwärtigen Berufungs-Instanz wieder vorgeschützt. Es hat jedoch das Großherzogliche Staats-Ministerium

auf die von dem Gerichte der ersten Instanz in Gemäßheit des § 1 der unterm 4. Mai 1879 erlassenen Verordnung zur Ausführung des § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze erfolgte abschriftliche Mitteilung der vom Berufungskläger gegen das Ministerium des Innern wegen Überschreitung amtlicher Befugnisse erhobenen Klage in dem Reskripte vom 16. Juni d. J. erklärt, daß es die Erwirkung einer Vorentscheidung in Gemäßheit der ebenerwähnten Verordnung nicht beabsichtige. Die hier bezielte Vorentscheidung, welche zufolge jener Verordnung in Beihalt des § 11 sub 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze vom Reichsgerichte abzugeben gewesen wäre, würde die Frage betroffen haben, ob die verklagten Beamten sich einer Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse schuldig gemacht haben. Dem ohne eine Vorentscheidung verklagten Beamten steht, soweit die Vorentscheidung nur auf Verlangen der vorgesetzten Behörde nöthig ist, die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtweges nur dann zu, wenn dies Verlangen gestellt ist. cf. v. Wilmowsky und Levy, Kommentar zur C.-P.-O. 2. Aufl. Anm. 3 zu § 11 des Einführungsgesetzes zum G.-V.-Gesetze Seite 1138. Struckmann und Koch, Kommentar zur C.-P.-O. 2. Aufl. S. 912 sub 4. Wenn auch das Staatsministerium zufolge des § 11 der obencitierten, die Organisation der Ministerien betreffenden Verordnung keine Rekursbehörde für die übrigen Ministerien ist, so gehört doch schon laut § 10 sub L. jener Verordnung die Entscheidung über Anträge auf Eröffnung des Rechtsweges wider die Ministerien in Fällen, wo deren eigene Verhaftung in Anspruch genommen wird, zur Kompetenz des Staats-Ministeriums, und der § 2 der vorerwähnten Verordnung vom 5. Mai 1879 bestimmt ganz allgemein, daß auf Verlangen des Staats-Ministeriums durch eine Vorentscheidung festzustellen ist, ob der Beamte, gegen den eine Klage wegen der in Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlungen erhoben wird, sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Da nun das Staats-Ministerium im vorliegenden Falle von der Erwirkung einer solchen

Vorentscheidung Abstand genommen hat, so steht für die gegen das Ministerium des Innern erhobene Klage, soweit es sich hiebei um einen civilrechtlich verfolgbaren Anspruch handelt, in Gemäßheit des § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze der Rechtsweg offen, und steht daher die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, insoweit es sich um einen Anspruch der ebengedachten Art handelt, dem verklagten Ministerium des Innern nicht zu.

Der Anspruch auf Rückerstattung einer im Wege der Administrativ-Exekution beigetriebenen Geldsumme ist, da es sich hiebei um einen Eingriff in das Vermögen des durch solche Exekution Betroffenen handelt, an sich civilrechtlich verfolgbar. Es steht daher im vorliegenden Falle allerdings zur richterlichen Prüfung und Entscheidung, ob das verklagte Ministerium des Innern zur Verfügung und Beitreibung der Seitens desselben vom Berufungskläger beigetriebenen Strafe sowie zur Wahrnehmung und Beitreibung der in gleicher Weise beigetriebenen Gebühren befugt war.

Diese Frage ist zu bejahen. Denn der Berufungskläger steht als Gutsherr in Bezug auf sein Verhältnis zu den Bauern auf seinem ritterschaftlichen Gute G. unter der Landesherrlichen Polizeigewalt, welche das Ministerium des Innern auszuüben hat. Vermöge dieser Polizeigewalt und des darin enthaltenen Aufsichtsrechts war das genannte Ministerium befugt, in Veranlassung der obenerwähnten Beschwerde des Bauern L., da hiebei zufolge der Angaben desselben die Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebes desselben in Frage kam, von dem Berufungskläger eine berichtliche Erklärung zu fordern, und der Berufungskläger hatte in seiner Stellung als Gutsherr dem das Landesherrliche Aufsichtsrecht über die bäuerlichen Verhältnisse auf den ritterschaftlichen Gütern ausübenden Ministerium gegenüber die Obliegenheit, sich über die fragliche Beschwerde zu erklären. Da aber der Berufungskläger dies beharrlich verweigerte, so war das Ministerium auch befugt, durch Androhung und Verfügung einer Ordnungsstrafe ihn zur Erfüllung der vorgedachten gutsherrlichen Obliegenheit anzuhalten, indem die Verfügung einer

solchen Exekutivstrafe dem Ministerium des Innern in der Ausübung der Landesherrlichen Polizeigewalt zusteht.

Der vom Berufungskläger in Bezug genommene § 453 der Straf-Prozeß-Ordnung findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da in diesem § nur von der den Polizeibehörden in gewissen Fällen zustehenden Festsetzung einer in den Strafgesetzen angedrohten, also kriminellen Strafe die Rede ist, und der darin vorgesehene Antrag auf strafgerichtliche Entscheidung gegenüber der Festsetzung einer polizeilichen Exekutivstrafe nicht stattfindet. cf. Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Note 1 zu § 453.

Daß das Ministerium des Innern zur Wahrnehmung von Gebühren für seine Verfügungen im Allgemeinen berechtigt sei, ist vom Berufungskläger nicht bestritten. Dasselbe war daher, da es dem Ungehorsam des Berufungsklägers gegenüber zur Verfügung der vorerwähnten Ordnungsstrafe befugt war, auch zur Wahrnehmung von Gebühren für die betreffenden Verfügungen berechtigt.

Ferner handelte das genannte Ministerium, indem es die Zwangsvollstreckung wider den Berufungskläger zur Beitreibung der Strafe und der Gebühren anordnete und ausführen ließ, innerhalb des Umfanges seiner amtlichen Befugnisse, da demselben in der Ausübung der Landesherrlichen Polizeigewalt auch die Administrativ-Exekution zusteht.

Mit Recht ist daher vom ersten Richter die Klage auch insoweit abgewiesen, als von demselben nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges für begründet erkannt ist.

Die hiergegen vom Kläger eingelegte Revision ist durch reichsgerichtliches Urteil vom 12. März 1883 zurückgewiesen.

---

# Abhandlungen.

## Mecklenburgisches Ehescheidungsrecht.*)

Von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Buchka.

### Dritter Abschnitt.

### Die Scheidungsgründe des Ehebruchs und der böslichen Verlassung.

### XII.

Während die protestantische Doktrin für die bisher erörterten Ehescheidungsgründe sich auf Anhaltspunkte in dem vorreformatorischen Recht nur in geringerem Maße zu stützen vermochte, fand dieselbe für den Scheidungsgrund des Ehebruchs, welcher nach katholischem Rechte den alleinigen Rechtfertigungsgrund für eine immerwährende Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett bildet, eine Reihe von positiven Bestimmungen des kanonischen Rechts vor, welche einerseits den Umfang und die Tragweite dieses Scheidungsgrundes betreffen, andererseits Regeln über den Beweis desselben aufstellen[1]). Die protestantische Rechtswissenschaft stand nicht an, diese Gesetzesstellen auch auf den von ihr anerkannten Ehescheidungsgrund des Ehebruchs für anwendlich zu erklären, und so sind dieselben die unbestrittene Grundlage geworden, auf welcher protestantischerseits die weitere Entwicklung dieses Ehescheidungsgrundes sich vollzog.

In Übereinstimmung mit den Bestimmungen des kanonischen

---

*) Wir machen unsere Leser darauf aufmerksam, daß der demnächst im Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung erscheinenden Separat-Ausgabe des nunmehr vollendeten Aufsatzes eine Anlage beigegeben werden wird, welche auf 6 Druckbogen zunächst den im vorigen Band S. 138 angezogenen Bericht aus dem Jahre 1563, sodann aber 16 Urteile des Consistoriums zu Rostock aus den Jahren 1684—1756 (vgl. Band IV S. 143) und endlich 31 Urteile des Oberappellationsgerichtes aus den Jahren 1838—1879 (vgl. Band IV S. 162 ff.) zum Abdruck bringt. Diese Anlage bildet eine wertvolle Ergänzung der Abhandlung selbst und wird von der Verlagshandlung auch abgesondert verkauft. Die Redaktion.

[1]) c. 11 C. XXXII qu. 4, c. 7, 11, 13 C. XXXII qu. 7; c. 12 X de praesumtionibus 2, 23.



Rechts dehnt die protestantische Lehre den Ehescheidungsgrund des Ehebruchs von dem eigentlichen, durch naturgemäßen Beischlaf vollzogenen Ehebruch auf die unnatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes durch beischlafsähnliche Handlungen zwischen Menschen und zwischen Mensch und Tier aus, geht aber in einer anderen Richtung bereits über die katholische Doktrin[2]) hinaus, indem sie den Begriff des vollendeten Ehebruchs schon als gegeben erachtet, wenn nur eine Geschlechtsvereinigung zwischen dem ehebrecherischen Gatten und dessen Mitschuldigen erfolgt ist, ohne daß auch auf die effusio et immissio seminis Gewicht gelegt wird[3]).

Anlaß zu einer noch weiteren Ausdehnung dieses Ehescheidungsgrundes gab schon der älteren Doktrin das berühmte c. 12 X de praesumtionibus. Man verkannte allerdings nicht, daß diese bekannte und oft citierte Gesetzesstelle an sich nicht eine Erweiterung des Begriffs des Ehebruchs enthält, sondern nur an bestimmte thatsächliche Voraussetzungen die Präsumtion des wirklich vollzogenen Ehebruchs knüpft, welche bis zur Erbringung des Gegenbeweises den Beweis der Consummation des Ehebruchs erübrigen soll[4]). Da aber der Natur der Sache nach der direkte Beweis des vollzogenen Ehebruchs in den weitaus meisten Fällen mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, so mußte die in jener Dekretale aufgestellte gesetzliche Präsumtion des Ehebruchs bald eine große praktische Bedeutung gewinnen, und da es andererseits nicht minder in der Natur der Sache lag, daß jene Präsumtion durch den Nachweis, daß trotz des Vorhandenseins der thatsächlichen Voraussetzungen derselben dennoch der Ehebruch nicht konsummiert sei, thatsächlich selten oder nie entkräftet werden konnte, so machte es für die praktische Rechtsanwendung bald keinen erheblichen Unterschied mehr, ob der begangene Ehebruch direkt erwiesen wurde, oder ob nur die Vor-

---

[2]) Vgl. Reichsgerichtsentscheidungen IX S. 189 und den daselbst citierten Sanchez. Auch J. H. Boehmer, dessen Ansichten im Übrigen keineswegs der strengen katholischen Doktrin entsprechen, bezeichnet (Tom. IV tit. 19. § 27 init.) als das „verum adulterium" noch das per commixtionem corporum seminisque immissionem konsummierte.

[3]) Vgl. Reichsgerichtsentscheidungen a. a. O.

[4]) Dies wird ausdrücklich anerkannt von J. H. Boehmer l. c. § 28.

aussetzungen der Dekretale vorlagen, und für die eherechtliche Praxis erscheinen daher resultatweise auch schon die in der letzteren bezeichneten Handlungen als ausreichender Ehescheidungsgrund neben dem wirklich konsummierten Ehebruch.

Die Theorie beruhigte sich jedoch bei diesem praktischen Resultate, zu welchem die Anwendung des mehrerwähnten cap. 12 führte, nicht, sondern legte sich die Frage vor, ob nicht nach dem Prinzip, auf welches die Zulässigkeit der Ehescheidung wegen Ehebruchs zurückgeführt werden müsse, die Scheidung auch in solchen Fällen zuzugestehen sei, in welchen zwar die Voraussetzungen der Präsumtion gegeben waren, in denen es aber dennoch zu einer Konsummation des Ehebruchs nicht gekommen war. Dieser Fall wird vor Allem von Boehmer erörtert[5]), welcher die Frage aufwirft, ob die Scheidung zu rechtfertigen sei, wenn beim Vorhandensein der Voraussetzungen der Dekretale weiter vorliege, adulterium ad proximum actum pervenisse sed ob qualecunque impedimentum consummari non potuisse, wenn also ein conatus proximus cui fere nihil defuit gegeben sei, und Boehmer neigt dahin, diese Frage zu bejahen.

Die Gleichstellung dieses Falles mit dem des wirklich vollzogenen Ehebruchs enthält nun in der That, mochte man es mit den Voraussetzungen des Ersteren im Übrigen auch noch so streng nehmen, eine wirkliche Erweiterung des Scheidungsgrundes des Ehebruchs über den Begriff desselben, auch wie er von der protestantischen Doktrin anerkannt wurde, hinaus.

Bei dieser Erweiterung behielt es aber nicht das Bewenden.

Bereits Boehmer[6]) bleibt nicht bei dem unmittelbaren Wortlaut der Dekretale stehen, sondern will in Gemäßheit des in derselben zum Ausdruck gekommenen Prinzips die Ehescheidung überall da zulassen, wo violenta et urgentissima adulterii perpetrati indicia vorliegen, wobei im Einzelnen dem freien Ermessen des Richters viel überlassen bleiben soll, und die im Anschluß an diese Ausführung von ihm mitgeteilten vier,

---

[5]) Boehmer l. c. § 28.

[6]) l. c. § 29.



von der Juristen-Fakultät der Universität Halle in den Jahren 1711—1720 gesprochenen Urteile bez. erteilten Rechtsgutachten geben interessante Aufschlüsse darüber, wie unter Boehmers Einfluß jenes von ihm aufgestellte Prinzip in der Praxis zur Anwendung gebracht wurde.

Darüber hinaus weist nun allerdings Boehmer die Zulässigkeit der Ehescheidung zurück. Die naturrechtlichen Prinzipien, durch welche, wie wir oben gesehen haben, seit Ende des siebzehnten Jahrhunderts das protestantische Scheidungsrecht in neue, bisher unbekannte Bahnen abgelenkt wurde, mußten jedoch ihren Einfluß auch auf die Behandlung dieses Scheidungsgrundes erstrecken, und so finden wir, daß die allgemeine Verflüchtigung des Scheidungsrechts bald auch hier eintrat.

Sobald die Unversöhnlichkeit der Ehegatten allein schon einen ausreichenden Grund für die Ehescheidung bildete, erschien die Grenzlinie, welche in Anlehnung an die oben erwähnten Bestimmungen des kanonischen Rechts die protestantische Doktrin dem Scheidungsgrunde des Ehebruchs dahin gezogen hatte, daß mindestens eine violenta et certa suspicio fornicationis vorliegen müsse, als eine willkürliche. Man ließ daher in der Folgezeit die Scheidung nicht nur unbedenklich dann zu, wenn nur ein Versuch des Ehebruchs begangen war, sondern ferner auch in allen Fällen einer Verletzung der ehelichen Treue im weiteren Sinne, in welchen der beschuldigte Ehegatte sich irgend welche sittlich verwerflichen Handlungen, die als Ausfluß und Bethätigung einer ehebrecherischen Gesinnung anzusehen waren, hatte zu Schulden kommen lassen. Insofern nun solche Handlungen zugleich auch geeignet erschienen, eine Unversöhnlichkeit der Gesinnung auf Seiten des unschuldigen Gatten nachzuweisen und zu begründen, mußte die Grenze zwischen beiden Scheidungsgründen des Ehebruchs und der Unversöhnlichkeit sich mehr und mehr verwischen, und der erstere Grund, welcher für die ältere Doktrin den Mittel- und Brennpunkt des protestantischen Scheidungsrechts gebildet hatte, büßte hiedurch seine Bedeutung als selbständiger Scheidungsgrund zum größten Teil ein.

Die Reaktion, welche in unserem Jahrhundert die natur-

rechtliche Grundlage des Scheidungsrechts beseitigte, stellte auch die verwischten Grenzen unseres Scheidungsgrundes wieder her, und zwar im wesentlichen im Sinne der alten Doktrin.

Allerdings findet sich in oberrichterlichen Urteilen auch noch aus neuerer Zeit der Grundsatz anerkannt, daß auch schon der Versuch des Ehebruchs zur Scheidung ausreiche, insbesondere dann, wenn die Konsummation desselben durch Umstände, welche von dem Willen des Handelnden unabhängig waren, vereitelt wurde[7]). In überwiegendem Maße hat sich aber die Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichtshöfe in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen[8]), und denselben Standpunkt teilt auch die neuere Rechtswissenschaft. Schon Glück[9]) führt aus, daß nur erwiesene oder vermutete Unzucht eines Ehegatten zur Begründung der Ehescheidungsklage ausreiche, und verlangt unter Berufung auf das c. 12 X de praes., daß sehr starke Verdachtsgründe vorhanden sein müßten, wenn wegen vermuteten Ehebruchs auf Scheidung erkannt werden solle, wobei er jedoch zugiebt, daß es außer dem in jener Dekretale vorausgesetzten Falle auch noch andere, ebenso dringende Anzeigen eines vermuteten Ehebruchs gebe. Hiermit stimmen die neueren Kirchenrechtslehrer im Wesentlichen überein[10]), die protestantische Kirchen-

---

7) Vgl. Bartels Ehe und Verlöbnis S. 311, insbesondere die in den Noten 1—3 gegebenen Nachweise, ferner Seuffert's Archiv XIII S. 198 N. 1 (Justiz-Kanzlei zu Oldenburg), XXV nr. 31 (O.-A.-G. Darmstadt), XXXI nr. 237 (O.-A.-G. Celle).

8) Seuffert's Archiv XI nr. 48 (O.-A.-G. Lübeck), XIII nr. 147 (O.-A.-G. Rostock und Dresden), XIV nr. 142 und XVIII nr. 145 (O.-A.-G. Oldenburg), XX nr. 229 (O.-A.-G. Wiesbaden), XXXII nr. 53 (O.-Tr. Berlin), XXXV. nr. 131 (O.-L.-G. Braunschweig), nr. 132 (O.-Tr. Berlin).

9) Band 26 S. 442 u. 443.

10) Vgl. Strippelmann Ehescheidungsrecht S. 132, 253 ff., 268, Bartels a. a. O. S. 310 ff., welcher in eingehender Ausführung die laxere Praxis des O.-A.-Gerichts zu Celle bekämpft, Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts, 7. Aufl. S. 999, v. Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht S. 319.

Mejer, Lehrbuch des deutschen Kirchenrechts, 3. Aufl. S. 645 Note 9 meint, daß, wenn vom Kläger Ehebruch behauptet werde, regelmäßig der Be-

rechtswissenschaft ist daher in dieser Beziehung wieder zur Lehre J. H. Boehmer's zurückgekehrt.

Zu der weiteren Frage, ob außer der fleischlichen Vereinigung des ehebrecherischen Gatten mit einer dritten Person auch noch Handlungen, welche solcher fleischlichen Vereinigung sehr nahe stehen und die eheliche Treue demgemäß ebenfalls aufs Gröblichste verletzen, einen selbständigen Scheidungsgrund abzugeben vermögen, hat die Theorie der neueren Zeit eine bestimmte Stellung nicht genommen. Von den in der Note 10 genannten Schriftstellern beschäftigt sich nur Bartels[11]) mit derselben, beantwortet sie aber auch nicht in bestimmter Weise. Jedenfalls gestattet aber der prinzipielle Standpunkt, welcher heute als der herrschende angesehen werden muß, ein Hinausgehen über die oben erwähnte Auffassung Boehmer's nicht, welche daher auch in diesem Punkte heute noch als die maßgebende angesehen werden dürfte.

Eine Änderung in der praktischen Handhabung des Ehescheidungsrechts ist endlich durch die deutsche Civilprozeßordnung herbeigeführt, welche im § 259 das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung aufstellt. Allerdings läßt der § 16 des Einführungsgesetzes die gesetzlichen Präsumtionen des bürgerlichen Rechts bei Bestand, und damit ist auch die fortdauernde Geltung der Präsumtion des c. 12 X de praes. außer Zweifel gestellt. Da aber der Richter, welchem der Beweis des Ehebruchs geführt werden soll, nunmehr in der Lage ist, alle Momente, welche auf seine Überzeugung einzuwirken geeignet sind, nach freiestem Ermessen zu berücksichtigen, so ist nicht nur die praktische Bedeutung jener Präsumtion eine weit geringere geworden, sondern es mußte in demselben Maße auch die Frage nach der Zulässigkeit einer analogen Ausdehnung der Präsumtion auf andere Fälle eines dringenden Verdachts des Ehebruchs, ohne daß die thatsächlichen Voraussetzungen der Dekretale gegeben waren, an praktischer Bedeutung verlieren.

---

weis schon des Versuches genügen werde. In materieller Beziehung ist derselbe jedoch ebenfalls den Anhängern der herrschenden Lehre zuzuzählen.

[11]) a. a. O. S. 313, 314.



## XIII.

Wenden wir uns jetzt zur Betrachtung des Entwickelungsganges dieses Ehescheidungsgrundes in der einheimischen Praxis, so ist hier zunächst das bereits oben[12]) erwähnte Gutachten Cothmann's aus dem Jahre 1606 hervorzuheben, welches schon auf Grund der Feststellung, daß ein, wenn auch sehr dringender Verdacht des Ehebruchs gegen die beklagte Ehefrau vorliege, die Ehescheidung für zulässig erklärt und hiebei, wie aus den am angeführten Orte mitgeteilten Stellen dieses Gutachtens hervorgeht, das Hauptgewicht auf die subjektive Stellung legt, zu welcher der Ehemann auf Grund der gegen die Frau vorliegenden zahlreichen Verdachtsmomente habe gelangen müssen.

Daß jedoch die Autorität Cothmann's die ältere Praxis des Konsistoriums im Sinne der in jenem Gutachten vorgezeichneten Richtung dauernd beeinflußt habe, läßt sich aus dem vorhandenen Aktenmaterial nicht erkennen. Von den gesamten noch vorhandenen Urteilen des Konsistoriums vor dem Jahre 1756 berührt nur ein einziges[13]) diese Frage und dieses Urteil, in welchem übrigens ausgeführt wird, daß solus conatus et attentatum adulterium zur Scheidung nicht ausreiche, ist von der Juristen-Fakultät zu Frankfurt a. O. gesprochen, kann also als ein direktes Zeugnis für die einheimische Praxis nicht verwertet worden. Erwägt man nun, daß die ältere Ehescheidungspraxis des Konsistoriums im Übrigen durchaus den Standpunkt der strengeren Richtung einnahm, so wird die Annahme, daß in diesem Punkte das einheimische Recht schon in jener älteren Zeit sich von jener strengeren Richtung entfernt habe, trotz des Cothmann'schen Gutachtens mindestens als eine unbewiesene gelten müssen.

Aus den Urteilen der mecklenburgischen Ehegerichte nach dem Jahre 1756 ergiebt sich dagegen, daß der nivellierende Einfluß der naturrechtlichen Doktrinen sich auch bei diesem Eheschei-

[12]) Bd. IV S. 136, 137.

[13]) Publiciert am 6. Oktober 1741 i. S. der Schneider Gnevkow'schen Eheleute zu Penzlin.

dungsgrunde in weitgehender Weise geltend gemacht hat, und zwar ist dieser Einfluß auch noch bis in die neueste Zeit hinein erkennbar geblieben.

Zunächst wird die Präsumtion des Ehebruchs bereits aus Umständen hergeleitet, welche auf Grund des von J. H. Boehmer aus der Dekretale des Papstes Alexander III. entnommenen Prinzips für sich allein jedenfalls noch nicht als ausreichend für die Begründung jener Präsumtion erscheinen[14]).

Ferner wird aber auch schon in solchen Fällen auf Scheidung erkannt, in welchen nur ein allgemeiner Verdacht eines liederlichen Lebenswandels der beklagten Partei vorliegt oder schamlose und unsittliche Handlungen der Letzteren nachgewiesen sind, ohne daß der Beweis bestimmter Thatsachen, welche auf

---

[14]) Appellationsbescheid des Hof- und Landgerichts vom 29. April 1805, siehe oben Bd. IV S. 151 Note 41.

Beweisinterlokut der Justiz-Kanzlei zu Güstrow vom 11. September 1823 i. S. der Pächter B.'schen Eheleute zu Augustenruh. Klägerin soll zur Begründung ihrer Klage beweisen, daß Beklagter seit ihrer im Oktober v. J. erfolgten Entfernung von ihm ein Haus besucht habe, worin Freudenmädchen gehalten werden.

Urt. der Justiz-Kanzlei zu Rostock vom 30. Januar 1832 i. S. der Zimmergesell B.'schen Eheleute zu Schwaan. „Da aus den Aussagen der von der Klägerin . . . . vorgeschlagenen . . . Zeugen . . . . hervorgeht, nicht nur, daß der Beklagte seit einer Reihe von Jahren mit der H. einen sehr vertrauten Umgang gepflogen, diesen Umgang auch nach der Zeit, als die Klägerin ihren Ehemann verlassen und nach G. gezogen, fortgesetzt und demnächst zu der H. in deren Wohnung gezogen, sondern auch daß in Schwaan das allgemeine Gerücht gegangen, daß der Beklagte mit der Ehefrau des Ochsenhirten H. in Ehebruch lebe, und daß dieser selbst den Beklagten eines solchen Ehebruchs beschuldigt, daraus aber in Verbindung mit dem eigenen Bekenntnis des Beklagten . . . ., daß er oftmals allein mit der H. auf dem Hausboden gewesen, eine starke Vermutung eines ehebrecherischen Umgangs des Beklagten mit der H. . . . herzuleiten", wird die zwischen den Parteien bestehende Ehe dem Bande nach geschieden.

Scheidungsurteil der Justiz-Kanzlei zu Schwerin aus dem Jahre 1864 i. S. der Einlieger M.'schen Eheleute zu Bresegard wegen Ehebruchs des Ehemannes, nachdem Klägerin bewiesen hatte, daß der Beklagte um Mitternacht in ein Hamburger Bordell gegangen war und sich dort eine Stunde lang aufgehalten hatte.

die Vollziehung des Ehebruchs schließen lassen, erbracht ist, wie denn auch gelegentlich ausdrücklich hervorgehoben wird, daß es eines solchen Nachweises nicht bedürfe, da schon die erwiesenen Handlungen eine dem Ehebruch gleich zu achtende Verletzung der ehelichen Treue enthielten[15]).

---

[15]) Urt. des Konf. vom 30. August 1797 i. S. der Maurergeselle S.'schen Eheleute zu Crivitz schied die Eheleute „aus bewegenden Ursachen". Aus den bei den Akten liegenden Votis geht hervor, daß zwar die der beklagten Ehefrau zur Last gelegten Diebereien und Ehebruch nicht erwiesen seien, daß dagegen ein „erheblicher Verdacht der Liederlichkeit" gegen sie vorliege und eine Aussöhnung der Eheleute nicht zu erwarten stehe.

Scheidungsurt. des Konf. vom 20. Juli 1815 i. S. der Büdner B.'schen Eheleute zu Bellahn. „Da der Implorat schon seit mehreren Jahren seine Frau verlassen, einen nicht unanstößigen Umgang mit einer anderen Frauensperson geführt hat und obrigkeitliche Befehle, angedrohte und vollzogene Strafen ihn auch zur Rückkehr nicht vermocht haben."

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei zu Schwerin vom 8. April 1837 i. S. der Arbeitsmann S.'schen Eheleute zu Schwerin. „Der Antrag des Klägers auf Trennung der Ehe (ist) wohl begründet, indem sie (Beklagte) namentlich sich geständlich in die Wohnstube eines angesehenen hiesigen Mannes begeben, vor dessen Augen ihre Kleider aufgehoben und sich entblößt ihm gegenüber gestellt."

Beweisinterlokut der Justiz-Kanzlei zu Rostock vom 26. November 1845 i. S. der Pferdeknecht K.'schen Eheleute zu Flessenow legte der Klägerin den Beweis auf, daß der Beklagte dem Inspektor S. ausdrücklich gestattet habe, mit ihr Unzucht zu treiben.

Urt. der Justiz-Kanzlei Schwerin vom 22. September 1847 i. S. der Zimmergesell H.'schen Eheleute zu Schwerin. „Daß nicht nur wegen des bestehenden und zum öffentlichen Ärgernis gewordenen ehelichen Unfriedens, sondern insbesondere auch deshalb, weil der Ehemann sich geständlich mit einem fremden Mädchen zwei Nächte hindurch eingeschlossen, welches, wenngleich er die fleischliche Vermischung geleugnet, allemal eine Verletzung der ehelichen Treue involviert und einem Ehebruch gleich zu achten, die unter beiden Teilen bestandene Ehe hiedurch gänzlich, mithin auch quoad vinculum dissolviert wird."

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei Schwerin vom 8. November 1858 i. S. der Scheerenschleifer B.'schen Eheleute zu Wittenburg. „Da der Beklagte geständigermaßen sich, nur mit einem Hemde und einer Unterhose bekleidet, in die Schlafkammer des Mädchens S. begeben und sich auf das Bett gesetzt, in welchem sie derzeit lag, er aber durch solche geschlechtliche Annäherung, selbst wenn es, wie er vorgiebt, zur Ausübung des eigentlichen

Als besonders charakteristisch für den Standpunkt, welchen jene Zeit dem Scheidungsgrunde gegenüber einnahm, erscheinen endlich diejenigen Urteile, in welchen neben dem Ehebruch bez. dem Verdachte eines solchen die Unversöhnlichkeit der Gatten als Scheidungsgrund auftritt, und in welchen der Erstere vielfach nur als ein die Unversöhnlichkeit begründendes Moment erscheint[16]).

---

Beischlafs nicht gekommen, die seiner Ehefrau schuldige Treue in ähnlicher Weise verletzt hat, als wenn es zu einer fleischlichen Vereinigung gekommen wäre."

[16]) Urt. des Kons. vom 14. Oktober 1786 i. S. der Schuster N.'schen Eheleute zu Schwerin. „Daß, wenngleich das außergerichtliche Geständnis der Beklagten von einem begangenen Ehebruch für zulänglich erwiesen nicht zu achten, dennoch in Rücksicht auf das Zeugnis des Schusters S. und auf den von der Beklagten mit dem Schuster W. ohne Vorwissen ihres Ehemannes getroffenen, vielen Verdacht veranlassenden Vergleich, wie auch auf den unter diesen vorlängst schon von Tisch und Bett geschiedenen Eheleuten eingerissenen unversöhnlichen Haß und auf andere vorkommende wichtige Umstände, die unter beiden Teilen bisher bestandene Ehe gänzlich aufzuheben."

Der Schuster S. hatte bezeugt, daß die Frau ihm den ihr vorgeworfenen Ehebruch mit dem Schuster W. eingestanden habe, und es lag ein Abfindungsdokument vor, nach welchem der W. die Frau mit 50 Thlr. „wegen des verlorenen Geldes und was dem anhängig" abgefunden hatte. Die Frau gab zu, von W. unzüchtig berührt zu sein und bei dieser Gelegenheit ihr Geld verloren zu haben, bestritt aber den Ehebruch.

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei Rostock vom 10. Dezember 1838 i. S. der Kutscher B.'schen Eheleute zu Hohen-Gubkow. „Da der Beklagte nicht in Abrede nehmen können, seine Ehefrau im Sommer d. J. thätlich mißhandelt zu haben, sich auch durch die wider ihn und die unverehelichte K. wegen Ehebruchs eingeleitete Untersuchung ein dringender Verdacht des Ehebruchs ergeben, und die insbesondere durch sein verdächtiges Benehmen gegen die K. herbeigeführte Abneigung der Klägerin gegen ihn durch wiederholte gerichtliche Versuche nicht gehoben werden könne."

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei Schwerin vom 16. März 1850 i. S. der Tagelöhner G.'schen Eheleute zu Pampow, „in Erwägung, daß Beklagter

1. während der Ehe mehrere Diebstähle begangen und hierfür nicht nur längere Zeit in Untersuchungshaft gewesen, sondern auch Zuchthausstrafe (von 6 Monaten) und sodann . . . geschärfte Gefängnisstrafe erlitten,

2. vom September v. J. bis Mitte Januar d. J. mit der W. zusammengewohnt, gemeinschaftliche Wirtschaft gehabt und in einem Bette geschlafen.

3. Hiedurch aber, sowie durch seine Trunkfälligkeit und dadurch ent-

Die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts trat auch hier der Praxis der erstinstanzlichen Ehegerichte entgegen, und suchte auch bezüglich dieses Scheidungsgrundes die Auswüchse des naturrechtlichen Systems zu beseitigen. In mehrfachen Urteilen[17]) hat das Oberappellationsgericht ausgesprochen, daß der Versuch des Ehebruchs ein ausreichender Scheidungsgrund nicht sei, und ebensowenig könne die Scheidung schon auf Grund des Nachweises erfolgen, daß der beschuldigte Gatte eine die eheliche Treue verletzende sträfliche Neigung an den Tag gelegt und irgendwie bethätigt habe, so daß durch dieselbe gegen ihn der allgemeine Verdacht der Geneigtheit zur Verübung eines Ehebruchs begründet sei. Ferner erforderte das Oberappellationsgericht, daß auch in den Anwendungsfällen des c. 12 X de praes. der klagende Ehegatte zur Begründung der Scheidungsklage die bestimmte Behauptung des Ehebruchs aufstelle, da die Präsumtion jener Dekretale nur den Beweis ersetzen solle, es

---

standene temporäre Arbeits- und Nahrungslosigkeit selbst die Zerrüttung des ehelichen Bundes und die wider ihn entstandene unüberwindliche Abneigung seiner Ehefrau veranlaßt hat, auch das sub 2 erwähnte Verhältnis rechtlich einem Ehebruch gleich zu achten ist."

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei zu Güstrow vom 30. Oktober 1851 i. S. der Stadtmusikus Z.'schen Eheleute zu Waren. „Da sich . . . herausgestellt, daß der Beklagte sich seit mehreren Jahren dem Trunk ergeben und in angetrunkenem Zustande der Klägerin nicht nur grobe Verbal-, sondern auch schwere Realinjurien zugefügt, sodann derselbe auch einen während der letzten Jahre mit anderen Frauenzimmern betriebenen Geschlechtsumgang wenigstens mit Bestimmtheit in Abrede zu nehmen nicht vermocht hat, durch dieses geständliche Benehmen des Beklagten aber nicht nur . . . eine einstweilige Trennung beider Teile herbeigeführt, sondern auch auf Seiten der Klägerin eine so beharrliche Abgeneigtheit zur Fortsetzung der Ehe entstanden, daß allemal soviel vorliegt, daß eine christlich-friedliche Ehe nicht zu erwarten steht, der Zweck der Ehe also unerreichbar ist, so wird zur Vermeidung ärgerlicher Auftritte die bisher unter beiden Teilen bestandene Ehe hiedurch gänzlich aufgehoben."

[17]) So. 127 Str. Urt. vom 27. April 1854, Ti. 282 Urt. vom 22. Februar 1864, Urt. vom 10. Juli 1856 bei Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. III S. 195: „und muß die entgegengesetzte Ansicht, welche schon den Versuch des Ehebruchs für genügend erachtet, als auf blos subjektiver Willkür beruhend verworfen worden."

aber gar nicht zur Prüfung der Beweisfrage kommen könne, wenn der klagende Teil selbst nicht einmal die Überzeugung von einer wirklichen Begehung des Ehebruchs habe und folgeweise Anstand nehme, in dieser Beziehung mit einer bestimmten Anschuldigung hervorzutreten[18]).

Auf der anderen Seite hat aber das Oberappellationsgericht keineswegs eine analoge Anwendung des c. 12 X de praes. für ausgeschlossen erklärt. In einem Urteil aus dem Jahre 1854[19]) wird ausgeführt, daß der stringente Beweis des Ehebruchs auch durch Konstatierung eines dringenden Verdachts nach Analogie des cap. 12 ersetzt werden könne, wenn nämlich Umstände vorliegen, die in einem so nahen Zusammenhang mit einem vollendeten Ehebruch stehen, daß dem verletzten Ehegatten billigerweise nicht zugemutet werden könne, die Ehe mit dem Glauben an deren Integrität fortzusetzen, wenn mit anderen Worten die Überzeugung des Klägers, daß seine Ehe gebrochen sei, auf thatsächlichen Gründen beruhe, welche vor einer unparteiischen Prüfung als triftig bestehen. Die Analogie dieser Entscheidung mit der oben Bd. IV Seite 165 Note 58 erwähnten liegt auf der Hand, und beide Entscheidungen sind um so bedeutsamer, als auch sie wieder auf das subjektive Moment zurückkommen, welches bereits in dem mehrerwähnten Gutachten Cothmanns aus dem Jahre 1606 hervorgehoben wurde. Im Übrigen hält aber das Oberappellationsgericht daran fest, daß eine rechtliche Präsumtion des begangenen Ehebruchs nur durch die Voraussetzungen der Dekretale oder doch durch Thatsachen, welche den Letzteren unbedingt gleich zu achten sind, begründet werden kann, und nimmt daher an, daß der Nachweis anderweitiger Thatsachen, welche geeignet sind, den beschuldigten Teil des ihm zur Last gelegten Ehebruchs zu verdächtigen, den Beweis des Ehebruchs nicht ohne Weiteres zu ersetzen vermag,

---

[18]) Urt. vom 16. September 1858 bei Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. III. S. 195 nr. 46.

[19]) So. 127 Str. Urt. vom 27. April 1854.

sondern nur als Material für die Erbringung dieses letzteren Beweises verwertet werden kann[20]).

Endlich hat das Oberappellationsgericht ausgesprochen[21]), daß „nach der in der hiesigen Rechtsprechung feststehenden Ansicht" zwar im Allgemeinen die Präsumtion des c. 12 X de praes. durch den Gegenbeweis, daß es trotz der jene Präsumtion an sich rechtfertigenden Umstände zu einem vollendeten Ehebruch nicht gekommen sei, entkräftet werden könne, daß aber doch unter gewissen Voraussetzungen dieser Gegenbeweis dem beschuldigten Teile zu versagen, und die Ehescheidung ohne Rücksicht darauf zuzulassen sei, ob eine fleischliche Vereinigung des schuldigen Teils mit seinem Mitschuldigen stattgefunden habe oder nicht. Wenn nämlich das ehebrecherische Gelüste bereits zur ausgeführten That fortgeschritten sei, der schuldige Teil bereits die äußersten Versuchshandlungen vorgenommen und dabei seine unerlaubten Lüste, wenn auch nicht in beabsichtigter Weise, befriedigt habe, so sei durch eine solche Handlung die unio carnis, welche durch die Ehe zwischen den Gatten entstanden, kaum weniger verletzt als durch einen vollständig vollzogenen Beischlaf; der Fall sei alsdann so gestaltet, daß auch auf ihn der Ausdruck des c. 2 C. 32 qu. 1 „unam carnem in aliam diviserit" zutreffe, und es könne daher in einem solchen Falle auch nichts mehr darauf ankommen, ob schließlich der Ehebruch im engsten Sinne, die fleischliche Vereinigung auch noch zur Perfektion gekommen sei oder nicht[22]).

---

[20]) Ausgesprochen in dem Urt. vom 13. Januar 1859 in der Sache Bu. 868. Die Justiz-Kanzlei hatte dem Kläger den Beweis auferlegt, daß die Beklagte in dem E.'schen Lokale mit dem L. zur Abendzeit zusammengekommen sei, und daß sich beide zusammen in einem dunklen Zimmer daselbst allein aufgehalten haben. Das O.-A.-Gericht legte aus den im Texte ausgeführten Gründen an Stelle dieses Beweisthemas dem Kläger den Beweis auf, daß Beklagte mit dem L. Ehebruch getrieben habe.

[21]) Wi. 930 Urt. vom 30. April 1877.

[22]) Die weitere Begründung dieser Entscheidung erscheint insofern nicht ganz zutreffend, als dieselbe Bezug nimmt auf die oben Note [8]) citierten Urteile, welche Letzteren die Scheidung auf Grund eines versuchten Ehebruchs in viel weiterem Umfange für zulässig erklären.

Es ergiebt sich demnach, daß die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Bezug auf die Ausdehnung dieses Scheidungsgrundes im wesentlichen mit der in der neueren Kirchenrechtswissenschaft herrschenden Meinung übereinstimmt. Fragen wir nach der Bedeutung dieser Praxis für die einheimische Rechtsbildung, so ist wiederholt darauf hinzuweisen, daß dieser Scheidungsgrund wie kein anderer sich auf positive Bestimmungen des vorreformatorischen Rechts zu stützen vermochte, und die Arbeit, vor welche die protestantische Rechtsentwickelung hier gestellt war, bestand daher vor Allem darin, jene Gesetzesbestimmungen zu recipieren, sie geistig zu durchdringen und ihre Tragweite in Übereinstimmung mit den das protestantische Eherecht und den Protestantismus überhaupt beherrschenden Grundprinzipien festzustellen. Dies sind denn auch die Aufgaben, welche für das einheimische Recht aufs Neue zu lösen waren, nachdem durch das auf naturrechtlicher Basis konstruierte Scheidungsrecht die Grenzen auch dieses Scheidungsgrundes bis zur Unkenntlichkeit verwischt, und seine zentrale Bedeutung für das gesamte Scheidungsrecht aus dem Rechtsbewußtsein fast verschwunden war, und die Lösung dieser Aufgaben geschah darum nicht weniger auf dem Wege partikulärer Rechtsbildung, welche in der Rechtsprechung des höchsten einheimischen Gerichtshofes in die Erscheinung trat, weil sie in wesentlicher Übereinstimmung mit der herrschenden Strömung im Sinne des altprotestantischen Rechts erfolgte. Auch hier muß der Praxis des Oberappellationsgerichts eine rechtsbildende Bedeutung vindiziert werden, wenn dieselbe hier auch nicht so sehr neue originelle Rechtsformen schuf als vielmehr die Rechtsgestaltungen einer früheren Periode, welche sich auf Grund der jetzt wieder als maßgebend anerkannten Prinzipien der Reformation gebildet hatten, von dem Schutte befreite, den eine intensiv wirkende andere Geistesrichtung im Laufe von fast anderthalb Jahrhunderten um dieselben angehäuft hatte.

## XIV.

Neben dem Ehebruch erkennt die protestantische Doktrin

einen zweiten „schriftmäßigen" Scheidungsgrund in der böslichen Verlassung an, mit welcher wir uns jetzt noch zum Schluß zu beschäftigen haben. Die Aufstellung und Begriffsbestimmung dieses Scheidungsgrundes[23]), dessen Ausbildung ausschließlich auf protestantischer Seite erfolgt ist, ist auf die Reformatoren, insbesondere Luther und Bugenhagen zurückzuführen, welche durch die Anerkennung desselben einem dringenden praktischen, durch die Sittenzustände ihrer Zeit hervorgerufenen Bedürfnis entgegenkamen[24]).

Bösliche Verlassung ist zunächst die eigenmächtige Zerreißung der ehelichen Lebensgemeinschaft seitens eines der Gatten durch Entweichen desselben an einen unbekannten oder doch dem richterlichen Arm nicht erreichbaren Ort, sei es nun, daß derselbe von vorneherein in der Absicht fortgeht, um sich der ehelichen Gemeinschaft zu entziehen, sei es, daß seine Entfernung zunächst aus anderen Gründen, insbesondere in Folge einer über ihn verhängten Landesverweisung erfolgt[25]). Diesem Fall wurde jedoch bereits von Luther der andere Fall gleichgestellt, in welchem der schuldige Teil, ohne sich dem Arm seines Richters durch Entfernung an einen für den Letzteren unerreichbaren Ort zu entziehen, sich von seinem Gatten trennt, diesem die Erfüllung der ihm durch das eheliche Band auferlegten Pflichten weigert und sich auch durch obrigkeitliche Zwangsmaßregeln nicht von seinem Verhalten zurückbringen läßt, sowie der fernere Fall, wenn der schuldige Teil auch nur die spezifisch sogenannte „eheliche Pflicht" beharrlich und hartnäckig zu erfüllen sich weigert.

Der zuerst gedachte Fall gelangte ungemein schnell zu allgemeiner Anerkennung, wurde in die Mehrzahl der deutschen Kirchenordnungen aufgenommen und erfuhr durch die Ausbildung eines eigenen Prozeßverfahrens, des sog. Desertionsprozesses, eine besondere Berücksichtigung.

---

[23]) Vgl. zu dem Folgenden insbesondere Hinschius Beiträge zur Geschichte des Desertionsprozesses nach evangelischem Kirchenrecht in Dove's Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. II S. 1 ff.

[24]) Hinschius a. a. O. S. 19.

[25]) Vgl. Mejer Lehrbuch S. 641 Note 10.

Die beiden weiteren Fälle der böslichen Verlassung vermochten in der älteren Zeit, trotzdem die Autorität Luthers für dieselben eingetreten war, zu einer ungeteilten Anerkennung nicht zu gelangen. Die Praxis folgte im Wesentlichen der Ansicht Bugenhagens, welcher den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung auf den erstgenannten Fall beschränkte, und die Mehrzahl der Kirchenordnungen steht, insoweit dieselben überhaupt bestimmte Scheidungsgründe aufstellen, auf demselben Standpunkt.

Eine eigentümliche, noch weiter gehende Ausdehnung des Begriffs der malitiosa desertio findet sich bei einer Reihe von Kirchenrechtslehrern der Folgezeit, welche, obwohl zum Teil der strengeren Richtung des Scheidungsrechts angehörend, sich doch die Zulässigkeit der Scheidung wegen Insidien und intolerabilis saevitia theoretisch dadurch zu vermitteln suchen, daß sie diese Scheidungsgründe unter den Gesichtspunkt der Desertion bringen, welche hier nicht corpore, sondern animo in die Erscheinung trete[26]).

Auch für diesen Scheidungsgrund bildet der Ausgang des 17. und der Beginn des 18. Jahrhunderts einen Wendepunkt der Entwicklung. Seit dieser Zeit gelangt in Theorie und Praxis die weitergehende Ansicht, nach welcher auch die Fälle der hartnäckigen Weigerung der ehelichen Pflicht die Scheidung begründen, zu allgemeiner Anerkennung, und diese Fälle werden demnächst auch äußerlich unter der Bezeichnung „quasi desertio“

---

[26]) So vor Allem Johann Gerhard. Vgl. Richter, Beiträge S. 14, 55, 58, 60—65 und die bei Richter-Dove a. a. O. S. 994 Note 18 u. 19 gegebenen Nachweise. Im 16. Jahrhundert findet sich diese Auffassung noch nicht. Insofern aber bereits damals die Ansicht sich vertreten findet, daß gegen den unverträglichen Teil, welcher sich allen sonstigen Versöhnungsmaßregeln gegenüber als unbeugsam erweist, schließlich die Landesverweisung erkannt werden könne, welche dann zur weiteren Folge seine Behandlung als desertor habe, gelangte man auch schon damals ohne eine formelle Anerkennung der Sävitien als Scheidungsgrund, wenn auch auf Umwegen, zu demselben Resultat, welches sich Spätere durch Heranziehung des Gesichtspunktes der malitiosa desertio auf direkterem Wege zu vermitteln suchten. Vgl. Mejer a. a. O. S. 642, Note 11.

zusammengefaßt. Zu gleicher Zeit erfuhr aber auch der Begriff der malitiosa desertio im engeren Sinne eine Erweiterung.

Bereits in früherer Zeit findet sich die Meinung vertreten, daß auch schon die Flucht wegen Kapitalverbrechen eine malitiosa desertio enthalte[27]), wenngleich es aus den von Hinschius a. a. O. angeführten Gründen einigermaßen zweifelhaft sein mag, ob auch schon Luther diese Meinung geteilt hat. Diese Ansicht vermochte anfangs zwar nicht durchzudringen, gewann aber im Laufe der Zeit vor Allem in der Praxis an Boden und erweiterte sich zu Beginn des 18. Jahrhunderts dahin, daß eine malitiosa desertio auch in der Verurteilung des schuldigen Teils wegen begangener Verbrechen zu lebenslänglicher Freiheitsentziehung gefunden wurde.

In dieser Ausdehnung finden wir den Scheidungsgrund der malitiosa desertio auch von dem großen Kirchenrechtslehrer des 18. Jahrhunderts anerkannt. J. H. Boehmer, dessen Lehre über diesen Punkt bereits oben[28]) in einem anderen Zusammenhange berührt worden ist, läßt einerseits die praefracta debiti conjugalis denegatio, welcher er auch die perversa debiti conjugalis praestatio und die procurata per malitiam sterilitas, letztere unter der Voraussetzung, daß auch die Bestrafung der schuldigen Frau eine Besserung derselben nicht herbeigeführt habe, gleichstellt, andererseits die Verurteilung des schuldigen Gatten zu lebenslänglichem Gefängnis bez. ewiger Landesverweisung und die Flucht ob gravissimum scelus ut omnis spes reditus praeclusa sit als Scheidungsgründe zu. Daß Boehmer auch die Möglichkeit einer Scheidung aus dem Gesichtspunkte der malitiosa desertio für den Fall anerkennt, daß die Eheleute wegen Unverträglichkeiten von Tisch und Bett getrennt sind und nach abgelaufener Trennungszeit der eine Teil die Wiedervereinigung mit dem Gatten hartnäckig weigert, im Übrigen aber die Scheidung wegen unversöhnlicher Feindschaft nicht für zulässig erklärt, ist oben ebenfalls schon ausgeführt worden, und

---

[27]) Hinschius a. a. O. S. 26, Richter, Beiträge S. 43.
[28]) Bd. IV S. 128, 129.

konnte daher auch die soeben erwähnte Auffassung, welche die Sävitien unter Ehegatten schon an und für sich unter den Gesichtspunkt der Desertion brachte, in Boehmer einen Vertreter nicht finden. Aber auch die Anhänger der naturrechtlichen Konstruktion des Scheidungsrechts, welche zu jener Zeit mehr und mehr an Boden im protestantischen Eherecht gewann, bedurften jener Anschauung zur Rechtfertigung der von ihnen aufgestellten Scheidungsgründe nicht mehr, und dieselbe verschwindet daher von jetzt an völlig aus der eherechtlichen Doktrin. Daß ein gleiches Schicksal dem Begriff der malitiosa desertio überhaupt erspart blieb, dessen Anwendungsfälle sich mühelos in das naturrechtliche System einreihen ließen, und welchem daher von dem Standpunkt des Letzteren aus nur noch die Bedeutung einer historischen Reminiscenz beigemessen werden konnte, erklärt sich, abgesehen von dem Umstande, daß die naturrechtliche Anschauung wenigstens in ihren extremen Konsequenzen im Ehescheidungsrecht niemals zur unbestrittenen Alleinherrschaft gelangt ist, lediglich daraus, daß jener Begriff in der Theorie wie in der Praxis ein sehr festgewurzelter war, und daher auch dem Andrängen der naturrechtlichen Ideen, trotzdem er für diese eine innere Berechtigung nicht mehr hatte, einen nachhaltigen Widerstand entgegen zu setzen vermochte. Dies hatte aber auch die weitere Folge, daß der Begriff der malitiosa desertio, dessen weitere Ausbildung in seinem Sinne für das naturrechtliche Scheidungsrecht nicht von Interesse war, sich auch während der Herrschaftsperiode des Letzteren in den von J. H. Boehmer anerkannten Grenzen ziemlich unversehrt erhielt. Allein in zwei Punkten fand eine Modifikation der bisherigen Lehre statt. Die der Scheidung wegen eigenmächtiger Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft bez. wegen Versagung der ehelichen Pflicht vorhergehenden obrigkeitlichen Zwangsmaßregeln, auf welche eine frühere Zeit ein besonderes Gewicht gelegt hatte, standen mit dem herrschenden System in zu schneidendem Widerspruch, als daß sie auch jetzt noch hätten mit Energie zur Anwendung gebracht werden können, und führten daher höchstens noch in den Lehrbüchern ein schattenhaftes Dasein, wogegen in der Praxis nicht

mehr viel die Rede von denselben war. Ferner hielt man jetzt auch schon die Verurteilung eines Gatten zu einer längeren Freiheitsstrafe für einen ausreichenden Scheidungsgrund[29]), und erweiterte nach dieser Richtung hin die Scheidung wegen lebenslänglicher Freiheitsentziehung.

In dieser Gestalt erhielt sich der Begriff der malitiosa desertio bis zum Ausgang der naturrechtlichen Periode und die neuere Doktrin, welche in dem Bestreben, dem Eherecht eine gesundere Grundlage wiederzugeben, Anknüpfungspunkte mit dem älteren Rechte suchte, fand hier auch jetzt noch einen Rechtsbegriff vor, welcher mit der Lehre der alten Schule im Wesentlichen übereinstimmte, und der sich auch mit den strengeren Anschauungen der neueren Zeit wohl vereinigen ließ. Die Kirchenrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, welcher die Aufgabe erwuchs, das protestantische Scheidungsrecht mit den Anforderungen des neu erwachten christlichen Bewußtseins in Einklang zu bringen, konnte daher in diesem Punkte unbedenklich die bisherige Lehre acceptieren, und so finden wir denn, daß dieselbe auch noch jetzt in den Grenzen, welche J. H. Boehmer ihr gezogen, in der Wissenschaft mit ziemlicher Einhelligkeit als zutreffend anerkannt wird[30]). Insbesondere verlangt die Theorie auch jetzt wieder mit größerem Nachdruck, daß die Scheidung gegen den dem obrigkeitlichen Arme erreichbaren Gatten nicht eher ausgesprochen werde, bevor obrigkeitliche Zwangsmaßregeln gegen ihn zur Anwendung gekommen sind, und die Zulässigkeit dieser Zwangsmaßregeln, wo das „bürgerliche Recht“ sie gestattet, ist auch für das gegenwärtig in Geltung stehende Recht ausdrücklich im § 16, 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung anerkannt, wenn freilich für weite Rechtsgebiete dieser obrigkeitliche Zwang zur Herstellung des ehelichen Friedens auf dem Wege der partikulären Gesetzgebung für unanwendlich erklärt worden ist. Als herrschende

---

[29]) Georg Wiese, Handbuch des gemeinen, in Teutschland üblichen Kirchenrechts 1802 § 424 „Gewöhnlich hält man eine Strafe von 5—6 Jahren für genügend.“

[30]) Vgl. Mejer, Lehrbuch S. 646, Richter-Dove, Lehrbuch S. 1001, v. Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht S. 324 ff.

Ansicht kann ferner auch die Zulässigkeit der Scheidung wegen Verurteilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe angesehen werden, wenngleich dieser Scheidungsgrund in neuerer Zeit wieder in Zweifel gezogen ist[81]), und um so mehr muß es auch jetzt noch in der Theorie als zweifelhaft gelten, ob die Verurteilung eines Gatten zu langwieriger zeitlicher Freiheitsstrafe, welche nach dem geltenden Strafgesetze den Zeitraum von fünfzehn Jahren nicht übersteigen kann, den Antrag auf Scheidung zu rechtfertigen vermöge.

## XV.

Die Mecklenburgische Konsistorialordnung enthält im Titel VIII nr. V „Von weglaufen und muthwilliger Desertion der Eheleute" unter Hinweis auf die den Eheleuten durch das göttliche Gebot auferlegten Pflichten den Ausspruch, daß „thun wider Gott und entziehen ihrem Ehegemahlen die schuldige Hülfe, alle diejenigen, die ohne redliche Ursache weglaufen, Weib und Kind oder den Mann mit den Kindern in Elend und Jammer sitzen lassen, und das ist der Einsetzung Gottes und Ehelicher Pflicht und Verwandniß gestracks und ebensowohl zuwider als der leibliche Ehebruch". Nachdem hierauf hervorgehoben ist, daß das Gleiche auch auf die „einander ehelich und öffentlich verlobten" Personen zutreffe, von welchen der eine Teil hinwegläuft und „niemand nicht weiß, wo er sey", wird im § 2 angeordnet, daß „in solchen Fall mögen die verordneten Commissarii, nach Erwegung der Gelegenheit und Ursachen und Zeit des Abwesens und Weglaufens, auch des Alters und Geschicklichkeit der verlassenen Person und anderer Umstände, auch vorgehende Citation und Erforderunge, auch fleißige Nachforschung, ob der Abtrünnige irgendswo anzutreffen und zur ehelichen Beywohnung oder aber zu gebührlicher Strafe gebracht möchte werden, dem Heimverlassenen erlauben, einen andern Ehegemahl zu nehmen."

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen erhellt ohne Weiteres,

---

[81]) Siehe hierüber Richter-Dove a. a. O. S. 997 Note 26.

daß dieselben nur die absichtliche Zerreißung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Entfernung an einen unbekannten oder der Obrigkeit nicht erreichbaren Ort dem leiblichen Ehebruch gleichstellen und demzufolge als Scheidungsgrund anerkennen wollen. Daß das Gesetz, welches hiernach nur den beschränkten Desertionsbegriff, wie er von Bugenhagen gelehrt wurde, kennt, gerade auch nach dieser Richtung hin ein lückenhaftes und der Ergänzung durch Wissenschaft und Praxis ebenso fähig als bedürftig war, ist oben[32]) schon hervorgehoben worden, und es ist auch bereits ausgeführt[33]), daß die Rechtsprechung des Konsistoriums jene Ergänzung, insoweit das praktische Bedürfnis dies erforderte, herbeigeführt hat, indem dieselbe die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht als dritten Ehescheidungsgrund neben dem Ehebruch und der böslichen Verlassung im Sinne der Konsistorialordnung anerkannte. Zwar muß es auch hier dahingestellt bleiben, wie die Praxis jenes Gerichts während des ersten Jahrhunderts seines Bestehens sich gestaltete, und ob die Ansichten des einheimischen Theologen Wigand, dessen oben[34]) gedacht ist, und der theologischen Fakultät zu Rostock, wie sie in dem bei Dedecken[35]) mitgeteilten Responsum enthalten ist, auf dieselbe Einfluß geübt haben. Jedenfalls stand aber der Scheidungsgrund der Versagung der ehelichen Pflicht seit Ende des siebzehnten Jahrhunderts in der Rechtsprechung des Konsistoriums in unbezweifelter Übung, und es ist ebenfalls schon früher dargelegt worden, daß diese Rechtsprechung die Scheidung aus jenem Gesichtspunkt auch dann zuließ, wenn zwar der eheliche Friede zunächst nur durch Unfriedfertigkeiten bez. Sävitien gestört war, demnächst aber der schuldige Teil sich hartnäckig weigerte, die eheliche Lebensgemeinschaft überhaupt fortzusetzen, bez. wenn der klagende Teil den Anordnungen des Konsistoriums entgegen der Vereinigung mit dem Gegner widerstrebte und auch durch

32) Bd. III S. 368, 369.
33) Bd. IV S. 141 ff.
34) Bd. IV S. 136.
35) Consilia III p. 492. Vgl. Mejer Lehrbuch S. 641, Note 9 i. f.

Zwangsmaßregeln nicht zu derselben zu bewegen war. Somit war nicht nur die Versagung der ehelichen Pflicht im engeren Sinne, sondern auch die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft überhaupt aus dem Gesichtspunkt der malitiosa desertio als Scheidungsgrund in der einheimischen Rechtsprechung anerkannt.

Die soeben erwähnten Zwangsmaßregeln bilden den Punkt, in welchem die Praxis des Konsistoriums an die gesetzlichen Bestimmungen der Konsistorialordnung anknüpfte, welche Letztere diese Zwangsmaßregeln für den Fall einer eigenmächtigen Trennung von Eheleuten, die im Lande und dem Arm der Obrigkeit erreichbar bleiben, ausdrücklich vorschreibt, und diese gesetzliche Vorschrift wurde in der Weise für die praktische Handhabung des neuen Scheidungsgrundes verwertet, daß entsprechend der auch in der Theorie herrschenden Lehre die Scheidung wegen Verweigerung der ehelichen Pflicht bez. einseitigen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig nicht eher erfolgte, bevor die Hartnäckigkeit des auf die Zerstörung des ehelichen Verhältnisses gerichteten Willens sich auch der Anwendung jener obrigkeitlichen Zwangsmittel[86]) gegenüber als unbeugsam erwiesen hatte, wenn freilich unter Umständen auch von der Realisierung

---

[86]) Für die Art und Weise, in welcher jene Zwangsmaßregeln zur Anwendung kamen, ist interessant ein Bericht des Konsistoriums an den Herzog Christian Ludwig von Mecklenburg-Schwerin vom 5. Juni 1689, welcher sich hierüber nachstehendermaßen ausläßt.

„Es ist vor nunmehro fünf Jahren bei hiesigem Ew. Hochf. Durchlaucht Consistorial-Gericht denuncirt worden, deßgestalt zwei Eheleute, Andreas Christoph Böttícher, Schreiber auf dem Gut Gerdshagen, und Agnete Lucie Jakobsen in Uneinigkeit mit einander gerathen und sich eigenmächtig zu großem Aergerniß der Satow'schen Gemeinde getrennet haben; hernach hat die Frau wider gemeldten ihren Mann eine ordentliche Klage eingebracht, und ist nach langem Verhör der Sachen endlich am dritten Dcbre 1686 eine Sentenz gesprochen, worin Beklagter die Klägerin als sein Eheweib wieder zu sich zu nehmen und zu unterhalten, diese auch gebührlich sich gegen ihn anzuschicken angewiesen wird, und nachdem sich Beklagter auf allerhand Art dagegen gesträubet und Ausflüchte gesucht, hat man endlich zu gebührenden Zwangsmitteln zu schreiten nöthig erachtet, und ist auf inständiges An-

des Zwangs gegenüber dem widerstrebenden Gatten Abstand genommen wurde, falls die Aussichtslosigkeit desselben nach Lage des Falles auf der Hand lag. Die Fälle letzterer Art sind jedoch für jene ältere Periode durchaus nur als Ausnahmen zu betrachten.

Selbstverständlich wurde die Scheidung nur dann zugelassen, wenn die Weigerung der ehelichen Pflicht als eine ungerechtfertigte anzusehen war[37]), und wurde daher insbesondere in solchen Fällen regelmäßig noch nicht ohne Weiteres ausgesprochen, wenn der klagende Teil das eheliche Zerwürfnis und speziell jene Weigerung durch sein eigenes Verhalten verschuldet hatte. In Fällen dieser Art wurde zunächst die Wiedervereinigung der Eheleute nach zuvoriger Bestellung einer dem klagenden Teile auferlegten cautio de non offendendo angeordnet und die der Scheidung voraufgehenden Zwangsmaßregeln erst dann verfügt, wenn der beklagte Teil auch jetzt noch die Wiedervereinigung bez. die Leistung der ehelichen Pflicht verweigerte.

Hervorzuheben ist schließlich noch ein Urteil[38]), in welchem es als ein gerechtfertigter Grund für die Weigerung der ehelichen Pflicht nicht anerkannt wurde, daß die Ehefrau mit einem

---

halt der Klägerin mandatum an die Beambte zu Neuen-Bukow sub dato den 30. Decbre 1688 ergangen, ihn in gefängliche Haft zu nehmen und bis daß er sich eines besseren bedencke, darinnen verwarlich zu halten."

[37]) In den Akten des Konsistoriums findet sich ein Fall (i. S. der Zollverwalter Lembke'schen Eheleute zu Dömitz), in welchem das Konsistorium durch Urteil vom 24. November 1724 die Scheidung der Ehe wegen malitiosa desertio des Mannes ohne zuvorige Anwendung von Zwangsmaßregeln gegen den Letzteren aussprach, trotzdem die Ehefrau wiederholt sich bereit erklärte, mit dem Manne in Ruhe und Frieden zu leben, und lediglich beantragt hatte, denselben dahin anzuhalten, daß er sie als seine Ehefrau zu sich nehme und wie einem Ehemanne gebührt, sich gegen sie verhalte. Indessen ist dies mit der sonstigen Praxis des Konsistoriums in krassem Widerspruch stehende Urteil unter dem direkten Einfluß des Herzogs Carl Leopold erlassen, und bildet als solches einen interessanten Beleg für die Regierungsweise dieses Fürsten.

[38]) Vom 9. Mai 1732 i. S. der Zieglergeselle Hahnthon'schen Eheleute zu Lüburg. Vgl. auch J. H. Boehmer Jus eccles. Prot. Tom. IV lib. IV 15 § 38.

körperlichen Fehler behaftet war, welcher sie zwar zur Zeit unfähig zum Beischlaf machte, der aber durch eine leichte Operation hätte beseitigt werden können.

Fälle, in welchen wegen Verurteilung eines Ehegatten zu lebenslänglicher Freiheitsentziehung oder ewiger Landesverweisung die Ehe geschieden wäre, enthalten die noch vorhandenen Akten aus der Zeit vor dem Jahre 1756 nicht. War dagegen ein Ehegatte nach Begehung von Verbrechen flüchtig geworden und außer Landes gegangen, so wurde auf Antrag des zurückgebliebenen Teils in gleicher Weise wie in sonstigen Fällen der Entfernung eines Gatten an einen unbekannten Ort der Desertionsprozeß in der gewöhnlichen Weise gegen ihn eingeleitet.

Aus der Zeit nach dem Jahre 1756 interessiert zunächst ein Bericht des Konsistoriums an die Regierung vom 25. April 1775, welcher im Wesentlichen auf demselben Standpunkt steht wie die frühere Praxis des Konsistoriums[89]), und in welchem

---

[89]) In Sachen der Notarius Sp.'schen Eheleute zu Güstrow erhielt das Konsistorium aus der Regierung das Kommissorium, die Eheleute persönlich über ihren angeblich wechselseitigen Widerwillen und dessen Ursachen zu vernehmen, die Aussöhnung zu versuchen und demnächst aus der Sache unter Abgabe eines gewissenhaften Gutachtens zu berichten. Im Termin erklärten beide Teile, daß sie eine tötliche Feindschaft gegen einander hegten, daß die Frau seit längerer Zeit vom Manne fortgegangen sei und ihm seitdem die eheliche Pflicht verweigert habe, obgleich er sie anfangs noch öfter besucht habe. Das erforderte Gutachten des Konsistoriums ging dahin, daß die Frau als eine desertrix malitiosa zu achten sei. Denn zu dem Begriff der böslichen Verlassung, den Paulus 1. Cor. 7 gebe, gehöre eine Entweichung in fremde Länder nicht wesentlich, sondern da in der angezogenen Schriftstelle der Ausdruck sich scheiden, V. 15, entgegengesetzt werde dem sich gefallen lassen, bei dem Ehegatten zu wohnen, V. 12, 13, so sei demjenigen Ehegatten hiernach in der That eine bösliche Verlassung vorzuwerfen, der seinem Gatten nicht mehr die wesentlichsten Pflichten des Ehestandes leisten wolle und also, so viel an ihm ist, das Band der Ehe trenne, ohne solche Ursachen, die ihm nach der Heiligen Schrift eine Befugnis hiezu erteilen. „Die Sp. ist ohne solche rechtliche Ursache wider Willen ihres Ehemannes von ihm gezogen, und hat bey den Versuchen desselben, sie zu gewinnen, und bey dessen zu dem Ende geschehenen Anbieten des debiti conjugalis ihm dieses von ihrer Seite verweigert, und will bis jetzt nicht wieder als eine Ehefrau mit ihm leben." Regelmäßig sei in solchem Fall nicht



insbesondere anerkannt wird, daß die Scheidung von anwesenden Eheleuten aus dem Gesichtspunkt der malitiosa desertio regelmäßig nur nach erfolglos angewandten Zwangsmaßregeln gegen den widerstrebenden Gatten ausgesprochen werden dürfe. Diese Zwangsmaßregeln sind auch noch in einem Falle der Verweigerung der ehelichen Pflicht seitens des Ehemannes, welcher in den Jahren 1788—90 vor dem Konsistorium verhandelt wurde[40]),

---

gleich die Scheidung vorzunehmen, sondern zuvor „bey der Frau als der desertrice alle dienliche, sowohl sanfte als hernach auch scharfe Zwangs-Mittel zu gebrauchen." Von diesen Zwangsmitteln sei jedoch in concreto aus dem Grunde kein Gebrauch zu machen, „weil bey dem Gebrauch derselben wegen der Anzeigen in der unterthänigsten Eingabe ihrer Eltern eine melancholische Verrückung gedachter Person zu besorgen stehet", es sei ihr vielmehr anzukündigen, daß, wenn sie nach einer Bedenkzeit von 1/4 oder 1/2 Jahr sich nicht mit ihrem Manne aussöhne, sie zwar um ihres Herzens Härtigkeit willen würde geschieden werden, jedoch nur so, daß ihr die Wiederverheiratung werde verboten werden. Der Herzog genehmigte dies Erachten, kommittierte dem Konsistorium, in Gemäßheit desselben weiter zu verfahren, und wurde hierauf nach noch einmal fruchtlos versuchter Güte und, nachdem die Ehefrau auf die Frage, ob sie noch 1/4 oder 1/2 Jahr Bedenkzeit haben wolle, erklärt hatte, sie könne zum Voraus versichern, daß sie wohl nimmer anderen Sinnes werden würde, durch Bescheid vom 2. August 1775 die Ehe „um der Ehefrauen Hertzens Härtigkeit willen" geschieden.

[40]) J. S. der Büdner Meincke'schen Eheleute zu Vielank. Der Ehemann hatte seit drei Wochen nach der Hochzeit seiner Ehefrau so wenig die eheliche Pflicht geleistet als für ihren Unterhalt gesorgt, und hatte sie mit der Entschuldigung verlassen, daß sein Vater ihn zu der Heirat gezwungen. Nach vergeblichem Sühneversuch und auf Antrag der Frau ordnete das Konsistorium durch Bescheid vom 17. September 1788 an, „daß nochmal ein ernstlicher Versuch zur Wiederaussöhnung dieser Eheleute zu machen und im Fall Jochim Friedrich Meinke ferner widerspenstig seyn sollte, derselbe schuldig erkannt wird, sich sofort wieder zu seiner Ehefrau zu begeben, derselben die ehelichen Pflichten zu leisten, auch sich so gegen dieselbe zu betragen, wie es einem christlichen Ehemann gebühret, widrigenfalls er durch Gefängnißstrafe bey Wasser und Brodt und andere härtere Strafen zu seiner Schuldigkeit werde angehalten werden." Da der Ehemann nicht parierte, wurde eine vierwöchentliche Gefängnisstrafe an ihm vollstreckt, nach deren Verbüßung er sich zur Aussöhnung bereit erklärte, jedoch schon nach kurzer Zeit seine Ehefrau wieder verließ. Hierauf erging am 29. Mai 1790 das nachstehende Scheidungsurteil. „Daß die zwischen dem jungen Unterthan

zur Anwendung gebracht worden, der Einfluß der naturrechtlichen Anschauungsweise tritt jedoch hier bereits in charakteristischer Weise darin hervor, daß das in dieser Sache gesprochene Urteil die Scheidung nicht durch die hartnäckige Versagung der ehelichen Pflicht seitens des Mannes motiviert, sondern dieselbe lediglich auf die Abneigung des Letzteren gegen seine Ehefrau und die hieraus resultierende eheliche Zwietracht gründet. In der Folgezeit überwucherte der letztere Scheidungsgrund auch das Gebiet der malitiosa desertio im einheimischen Scheidungsrechte fast vollständig. Wenn ein Ehegatte den andern auf Grund ehelicher Mißverhältnisse verlassen hatte, so kam es für die Scheidungsfrage nur darauf an, ob derselbe seine unversöhnliche Abneigung gegen seinen Gatten und gegen die Fortsetzung der Ehe mit demselben in ausreichender Weise dokumentiert hatte, und war dies der Fall, so erschien schon dieses sein eigenes Verhalten als geeignet und ausreichend, um einen von ihm erhobenen Ehescheidungsantrag zu begründen[41]), wie denn auch andererseits der Gegner in der Lage war, aus jenem Verhalten einen Ehescheidungsgrund herzuleiten und die Scheidung der Ehe durchzusetzen, auch wenn Ersterer inzwischen anderen Sinnes geworden war und auf Wiedervereinigung mit dem Gatten geklagt hatte[42]).

---

Joachim Friedrich Meincke zu Viellanck und deßen bisherigen Ehefrau Trien Jlse, gebohrenen Köhnen, bis itzt bestandene — mehr aus väterlicher Anmuthung als aus eigener Neigung herrührende — kinderlose — von aller Hofnung christlicher ehelicher Eintracht so ganz entblößte Ehe Kraft dieses hiemit aufgehoben . . . sein solle."

[41]) Urt. des Kons. vom 24. Juli 1829 i. S. der Einwohner A.'schen Eheleute zu Fahrbinde. „Nachdem die Klägerin den ihr . . . nachgelassenen Beweis (bestimmter, von ihrem Ehemann angeblich erlittener Mißhandlungen) gar nicht angetreten, vielmehr von ihrem Ehemann weggelaufen, darauf zwar auf gerichtliche Anordnung zu demselben wieder zurückgebracht worden, jedoch abermals davon gegangen ist, endlich auch dem ihr am 18. Juni d. J. gewordenen gerichtlichen Befehl, sich binnen drei Tagen bei Vermeidung einer dreitägigen Civilgefängnisstrafe wieder mit ihrem Manne zusammen zu begeben, keine Folge geleistet, durch alles dieses aber ihre gänzliche Abneigung gegen die weitere Fortsetzung der Ehe deutlich genug zu erkennen gegeben . ."

[42]) Urt. des Konf. vom 23. Juni 1824 i. S. der Einlieger L.'schen Eheleute zu Börgerende. „Da der Kläger . . . . bekannt hat, daß er (vor

Daß dann auch die obrigkeitlichen Zwangsmaßregeln zwecks Wiedervereinigung eigenmächtig auseinandergelaufener Ehegatten in dieser Periode fast völlig außer Gebrauch kamen, ist oben schon an anderer Stelle[43]) hervorgehoben worden, und mehr und mehr wurde die Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft überhaupt wie der ehelichen Pflicht insbesondere lediglich als eines der vielen Momente angesehen, welche geeignet waren, eine als Scheidungsgrund geltend gemachte unversöhnliche Abneigung gegen den Gatten zu begründen bez. nachzuweisen[44]).

Die Praxis des Oberappellationsgerichts stellte den Scheidungsgrund in seiner Reinheit wieder her. In einer Reihe von Urteilen ist die Verweigerung der ehelichen Pflicht zwar als Scheidungsgrund auch nach einheimischem Rechte anerkannt, jedoch

---

fünf Jahren) seine Frau zuerst verlassen, bei dieser Gelegenheit alle noch vorhanden gewesenen Viktualien mit sich genommen und sich seitdem um seine Frau und das mit derselben erzeugte, nach Verlauf eines Jahres jedoch wieder verstorbene Kind gar nicht weiter bekümmert habe, bei einer solchen gänzlichen Nichtbeachtung aller ihm als Ehemann und Vater obgelegenen Pflichten aber seine Ehefrau wenigstens Entschuldigung verdient, daß sie jetzt keine Liebe und Zuneigung mehr zu ihm hat, und in Folge dessen nicht geneigt ist wieder zu ihm zurückzukehren . . ."

[43]) Bd. IV S. 149.

[44]) Urt. der Justiz-Kanzlei zu Güstrow vom 26. März 1846 i. S. der Büdner B.'schen Eheleute zu Marnitz. „Da sich aus den Akten hinreichend ergiebt, daß zwischen den Parteien mehrjährige sich immer erneuernde Zwistigkeiten stattgefunden haben und ein Aufhören der Letzteren . . . . um so weniger zu hoffen steht, als aus der (zu Neujahr d. J.) bestimmt erklärten Verweigerung des Beischlafs von Seiten des Beklagten dessen Abneigung gegen die Klägerin genugsam hervorgeht, so wird, indem unter diesen Umständen für die Erreichung des Zweckes der Ehe überall keine Hoffnung mehr übrig bleibt, die bisher unter den Parteien bestandene Ehe hiedurch gänzlich aufgehoben."

Scheidungsurt. der Justiz-Kanzlei zu Rostock vom 15. November 1834 i. S. der Tagelöhner D.'schen Eheleute zu Neu-Kalen. „Da der Beklagte geständlich seine Ehefrau zu mehreren Malen geschlagen und namentlich am 2. April d. J. auf eine lebensgefährliche Weise mißhandelt, derselbe sich der Erfüllung der ehelichen Pflicht gegen seine Ehefrau geweigert und die ehelichen Zwistigkeiten und entstandene Erbitterung der Gemüther durch die wiederholten gerichtlichen Versuche nicht zu heben gewesen."

mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß notwendige Voraussetzung der Scheidung aus diesem Grunde eine hartnäckige Weigerung, und solche nur dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn auch ernste richterliche Zwangsmaßregeln gegen den widersprechenden Ehegatten erfolglos in Anwendung gebracht seien[45]. Als weitere Voraussetzung dieses Scheidungsgrundes fordert das Oberappellationsgericht, daß jene Weigerung eine ungerechtfertigte und nicht durch das eigene tadelnswerte Verhalten des klagenden Teils hervorgerufen sei, und läßt daher insbesondere in solchen Fällen die Scheidungsklage nicht zu, in denen die Weigerung auf schlechte bez. ungebührliche Behandlung des Beklagten seitens des klagenden Teils zurückzuführen ist[46]. Noch viel weniger erscheint die

---

[45]) Wu. 49 Str. Urt. vom 22. Mai 1846. „Obgleich die gemeinrechtliche protestantische Praxis, wonach die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht als genügender Ehescheidungsgrund angesehen wird, auch in hiesigen Landen gültig ist, so ist doch die Anwendlichkeit dieser Norm dadurch bedingt, daß zur Constatirung der Hartnäckigkeit eines Ehegatten in Verweigerung des debitum conjugale zunächst die richterliche Hülfe vergeblich in Anspruch genommen sein muß."

So. 1045 Urt. vom 7. März 1853. „Denn hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht kann jedenfalls nur dann zur gerichtlichen Scheidung der Ehe führen, wenn eine wiederholte Anwendung geeigneter Zwangsmaßregeln fruchtlos gewesen ist. Da nun im vorliegenden Falle die sechsstündige Gefängnißstrafe, welche die Beklagte . . . . erlitten hat, den Charakter des ernsten und nachdrücklichen Zwangs überhaupt nicht an sich trägt, mithin bei der Sachbeurteilung gar nicht in Betracht zu ziehen ist, außerdem aber die . . . . vollstreckte achttägige Gefängnißstrafe zu den verhältnißmäßig gelinden Zwangsmitteln gehört, so folgt schon hieraus, daß die . . . . aufs Neue erhobene Scheidungsklage . . . . mit Recht abgewiesen worden ist."

He. 484 Urt. vom 12. November 1846, Ee. 150 Urt. vom 24. Juli 1852 (abgedruckt in Sammlung von Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen) erste Fortsetzung S. 196 nr. 41), Ma. 702 Urt. vom 6. Juli 1863.

[46]) Das in der Note 45 abgedruckte Urteil vom 7. März 1853 fährt fort: „Uebrigens würde selbst dann, wenn von wiederholten erfolglosen Zwangsmaßregeln hier wirklich die Rede sein könnte, sein, Klägers, Ehescheidungsantrag nicht ohne Weiteres zu berücksichtigen gewesen sein; sondern es hätte erst . . . näher untersucht werden müssen, ob er etwa durch sein eigenes Verhalten das Recht, auf Scheidung zu klagen, verwirkt habe, insbesondere auch, ob die Beklagte gerade durch ihn in ihrer pflichtwidrigen Renitenz be-

Scheidungsklage begründet, wenn die Weigerung des Beischlafs durch Krankheitszustände bedingt ist[47]). Das Oberappellationsgericht faßt somit auch die quasi desertio streng als ein einseitiges Verschulden eines der Ehegatten gegen seine ehelichen Pflichten auf, und konnte daher auch in den in der Praxis sehr zahlreichen Fällen, in welchen eigenmächtig auseinander gegangene Gatten sich beide gegen ihre Pflichten verfehlt hatten, niemals zu einer Scheidung aus dem Gesichtspunkt der malitiosa desertio gelangen.

Die bereits oben berührte Frage, ob die Weigerung der in Folge eines leicht zu beseitigenden körperlichen Fehlers beischlafsunfähigen Ehefrau, die zur Beseitigung dieses Fehlers er-

---

stärkt werde, um auf diesem Wege also in fraudem juris die übereinstimmende Absicht beider Ehegatten, von einander geschieden zu werden, durchzusetzen."

Su. 267 Str. Urt. vom 14. Februar 1874. „Die Verweigerung der ehelichen Pflicht kommt nämlich als Ehescheidungsgrund nur in Betracht, wenn sie eine hartnäckige und dauernde, nicht zu überwindende ist, und von einer solchen kann im vorliegenden Falle bei dem noch kurzen Bestande der Ehe und in Erwägung des Umstandes, daß in derselben noch sechs Monate vor Anstellung der Klage ein Kind geboren ist, um so weniger die Rede sein, als die Ehefrau . . . . erklärt, die Beiwohnung nur deshalb so lange abgelehnt zu haben, weil er, Appellant, sie unfreundlich behandelt hätte, auch Nachts viel aus dem Hause sei, und, wie sie vermuthe, Verkehr mit einem anderen Frauenzimmer unterhalte, zur Erfüllung ihrer Pflicht aber bereit sei, wenn sie gebührlich behandelt werde, und als sich ergeben hat, daß Thätlichkeiten unter ihnen vorgekommen sind. Auch setzt die Scheidung der Ehe aus diesem Grunde voraus, daß eine gerichtliche Hülfe, den widerstrebenden Theil zu seiner Pflicht zurückzuführen, beantragt und erfolglos in Anwendung gebracht ist, was hier, wo nur ein Güteversuch gemacht worden, nicht geschehen ist. Es kann daher auch seine . . . Behauptung, daß er seine Ehefrau von Anfang der Ehe an nur durch Anwendung von Gewalt zur Beiwohnung veranlaßt habe, nicht zur Berücksichtigung kommen."

[47]) Bu. 922 Urt. vom 28. September 1863. „Denn da die faktische Unmöglichkeit, seine Frau zur Fortsetzung des ehelichen Lebens zu zwingen, nach dem vorliegenden ärztlichen Zeugnisse auf ihrem krankhaften Zustand beruht, so trifft in dem gegenwärtigen Falle die Analogie der böslichen Verlassung nicht zu, sondern kann die Unmöglichkeit der Fortführung des ehelichen Zusammenlebens nur als eine casuelle angesehen werden. Eine solche ist aber nach dem geltenden Recht kein Scheidungsgrund."

forderliche Operation an sich vornehmen zu lassen, als eine Versagung der ehelichen Pflicht und demgemäß als Ehescheidungsgrund aufzufassen, hat das Oberappellationsgericht im Gegensatz zu der Ansicht der Justiz-Kanzlei zu Rostock verneint, indem dasselbe ausführt, daß dieser Fall, da ein direkter sowohl wie ein indirekter Zwang zur Gestattung einer derartigen Operation hier unthunlich sei, im schließlichen Resultate dem Falle einer unheilbaren Beischlafsunfähigkeit gleichkomme, und demgemäß, wenn die Frau hartnäckig auf ihrem Willen beharre, dem Ehemanne das Recht gebe, die Annullation der Ehe nachzusuchen[48]).

Über die Frage, inwieweit die einheimische Rechtsprechung in der Zeit nach dem Jahre 1756 die Scheidung aus dem Gesichtspunkt der böslichen Verlassung bei Verurteilung zu langwierigen oder lebenslänglichen Freiheitsstrafen bez. zu Landesverweisung zugelassen hat, giebt das vorhandene Aktenmaterial keine sehr ausgiebige Auskunft. Ein Urteil der Justiz-Kanzlei zu Schwerin aus dem Jahre 1779 spricht die Ehescheidung gegen einen wegen Pferdediebstahls mit zehnjähriger Landesverweisung bestraften Ehemann aus[49]), ein weiteres, vom Oberappellationsgericht bestätigtes Urteil desselben Gerichts vom Jahre 1842[49a]) scheidet wegen Verurteilung des Ehemannes wegen Diebstahls,

---

[48]) Ti. 366 Urt. vom 31. Januar 1876.

[49]) Urt. vom 14. Juni 1779 i. S. der Krüger P.'schen Eheleute zu Wittenburg. „Daß der äußerst berüchtigte, eines Pferdediebstahls halber auf zehn Jahre des Landes verwiesene Krüger P., nachdemmahlen er boshafter Weise den ehelichen Pflichten zu genügen sich außer Stande gesetzet, in hiesigen Landen einem malitioso desertori gleich zu achten, dessen Ehefrau aber bei völliger Ungewißheit seines Aufenthalts, und da sie ohne mindeste Hoffnung künftiger Besserung und Wiederkehr zu ihrem und ihrer Kinder großem Nachtheil so wenig warten will, als weniger göttliche und weltliche Gesetze derselben eine Verbindlichkeit, in solchem verlassenen Zustand zu beharren, auferlegen, nachgesuchter Maßen von der unglücklichen Ehe zu entbinden sei."

[49a]) Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 18. Juli 1842 i. S. der Tischler B.'schen Eheleute zu Düssin. „. . . rechtfertigt sich die auf den Grund der ihm rechtlich zuerkannten Strafe ausgesprochene Scheidung, da bei einer so langwierigen Gefängnißstrafe der Zweck der Ehe nicht erreicht werden kann und dies offenbar durch seine Schuld herbeigeführt ist."



Brandstiftung und Mordes zu fünfundzwanzigjähriger Arbeitsstrafe, endlich ein Urteil der Justiz-Kanzlei zu Güstrow aus dem Jahre 1845 auf Grund Verurteilung des Ehemannes zu vierzehnjähriger Zuchthausstrafe wegen Mordversuchs gegen die Ehefrau, verbunden mit lebensgefährlicher Verletzung derselben und kulposer Tötung eines Dritten[50]). In mehrfachen anderen Fällen wird die Scheidung auf Grund von Verbrechen, welche zur Verurteilung des schuldigen Teils zu längeren Freiheitsstrafen geführt hatten, ausgesprochen, ohne daß der Gesichtspunkt der malitiosa desertio in den Entscheidungsgründen herangezogen ist, so daß diese Fälle hier nicht verwertet werden können. Aus neuerer Zeit liegen nur zwei Urteile der Justiz-Kanzlei zu Schwerin und Rostock aus den Jahren 1866 und 1868 vor, in welchen wegen Verurteilung des beklagten Teils zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe auf Scheidung erkannt wurde, da hier die Analogie der malitiosa desertio zutreffe[51]). Das Oberappellationsgericht hat in neuerer Zeit keine Gelegenheit gehabt, die letztere Frage zu entscheiden, indessen hat dasselbe in einer Reihe von Urteilen[52]) ausgesprochen, daß bei Freiheitsstrafen bis zu

[50]) Urt. vom 26. Februar 1845 i. S. der Pantoffelmacher Sch.'schen Eheleute zu Plau. „. . . . so ist . . . die von der Klägerin sowohl auf solche Verwundung als auch darauf basirte Ehescheidungsklage, daß er, Beklagter, durch einen von ihm verschuldeten Umstand in die Nothwendigkeit gesetzt ist, die Pflichten der Ehe vierzehn Jahre hindurch unerfüllt lassen zu müssen, wohl begründet."

[51]) Urt. der Justiz-Kanzlei zu Schwerin vom 12. Mai 1866 i. S. der Schlachter Fl.'schen Eheleute zu Sternberg und der J.-K. zu Rostock vom 30. April 1868. Nach letzterem Urteile „. . . unterliegt es weder nach der Natur der Sache noch der bestehenden gerichtlichen Praxis zufolge einem Bedenken, jene hiernach vom Beklagten verschuldete Detention, welche die dauernde Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft thatsächlich bedingt, dem als Ehescheidungsgrund anerkannten Falle einer böslichen Verlassung wesentlich gleich zu achten." Dem Beklagten, welcher gegen dies Urteil ein Rechtsmittel einlegte, wurden nach einander drei Armensachwälte zur Durchführung desselben bestellt, welche aber sämtlich um Zurücknahme ihrer Bestellung unter Berufung darauf baten, daß das Urteil dem geltenden Rechte entspreche. Demnächst zog Beklagter sein Rechtsmittel zurück.

[52]) Vgl. die oben Bd. IV Seite 169, Note 72 citierten Urteile; ferner

sechs Jahren der Gesichtspunkt der malitiosa desertio jedenfalls noch nicht zutreffe.

Hiernach darf angenommen werden, daß als Scheidungsgrund aus dem Gesichtspunkte der böslichen Verlassung die Verurteilung des beklagten Teils zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe auch in der einheimischen Rechtsprechung der neueren Zeit anerkannt ist. Dagegen liegt eine derartige Anerkennung bezüglich langwieriger zeitlicher Freiheitsstrafen nicht vor, und da nach heutigem deutschen Strafrechte die längste zeitliche Freiheitsstrafe nur fünfzehn Jahre betragen kann, so dürfte sich auch nach dem prinzipiellen Standpunkt des einheimischen Scheidungsrechts die Zulassung einer Scheidung wegen Verurteilung eines Gatten in eine zeitliche Freiheitsstrafe durch Heranziehung der Analogie der malitiosa desertio nicht rechtfertigen lassen.

Die einheimische Rechtsprechung hat nach dem Ausgeführten auch hier, wie wir dies schon bei dem Scheidungsgrunde des Ehebruchs hervorhoben, keine wesentlich neuen Rechtssätze geschaffen, sondern ist zu den Grundsätzen des älteren protestantischen Rechts zurückgekehrt, und zwar auch hier in Übereinstimmung mit der protestantischen Wissenschaft. Wenn wir nun für dieselbe auch in Bezug auf diesen Scheidungsgrund die Bedeutung einer partikulären Rechtsquelle in Anspruch nehmen müssen, so tritt doch sowohl hier wie bei dem Scheidungsgrunde des Ehebruchs die Frage, ob partikuläres, ob „gemeines" Recht, gegenwärtig sehr in den Hintergrund des Interesses, welches Letztere sich überhaupt für die nächste Zukunft mehr und mehr auf die Frage konzentrieren wird, in welcher Gestalt das Eherecht in der bevorstehenden umfassenden Kodifikation unseres bürgerlichen Rechts erscheinen werde, deren Aufgabe es ist, die Summe der bisherigen Rechtsentwicklung zu ziehen. Der deutschen Kirchenrechtswissenschaft der letzten fünfzig Jahre gebührt in erster Linie das Verdienst, die Wiederherstellung des geschichtlichen Zusammenhanges unseres Scheidungsrechts mit den alt-

---

Mo. 552 Urt. vom 18. September 1854, He. 93 Str. Urt. vom 20. März 1869.



protestantischen Rechtsgrundsätzen angebahnt und eine verkehrte prinzipielle Richtung erfolgreich bekämpft zu haben. An dieser wissenschaftlichen Arbeit, durch welche das Naturrecht mit seinen Konsequenzen aus dem Eherecht verdrängt wurde, haben aber auch die jetzt verstummten obersten Gerichtshöfe der deutschen Einzelstaaten einen nicht geringen Anteil gehabt, wie dies auf den vorstehenden Blättern an der Rechtsprechung des mecklenburgischen Oberappellationsgerichts gezeigt worden ist, und der Judikatur jener alten Oberappellationsgerichte bleibt daher in dieser Richtung eine dauernde Bedeutung gesichert, wenn auch bereits jetzt die Weiterentwicklung des „gemeinen" deutschen Eherechts in Folge der vom Reichsgericht adoptierten Prinzipien sich in nicht erwarteter Weise ohne Rücksicht auf die konkrete Gestaltung des unkodifiziert gebliebenen Rechts in den einzelnen Territorien vollziehen wird.

---

# Nochmals Bemerkungen über Umgestaltung des mecklenburgischen Rechtes der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

(Von Herrn Amtsrichter von Kühlewein in Dargun.)

## I.

Herr Landgerichtsrat Altvater hat in dieser Zeitschrift Band IV pag. 274 folg. „Bemerkungen über eine Umgestaltung des mecklenburgischen Rechtes der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" erscheinen lassen, in denen er nach Schilderung des in den deutschen Einzelstaaten[1]), speziell in Mecklenburg geltenden bezüglichen Rechtes, die Grundsätze[2]) des preußischen Gesetzes vom 13. Juli 1883[3]) darlegt, sich zum

---

[1]) Hinzuzufügen ist, daß inzwischen am 15. August 1884 die Publikation des sächsischen Gesetzes erfolgt ist — vergl. Schurig, die königl. sächsische Subhastationsordnung — auch ist zu bemerken, daß auch in Württemberg das neue Prinzip bereits gilt, vergl. Art. 21 und 22 der Subhastationsordnung vom 18. August 1879 und dazu Gaupp, Zwangsvollstreckung und Mahnverfahren pag. 380 folg.

[2]) Der Kernpunkt derselben liegt bekanntlich darin, daß der Zuschlag nur dann erteilt werden darf, wenn das sog. geringste Gebot erbracht ist, d. h. wenn die dem Beschlagnahmegläubiger der Priorität nach vorgehenden Gläubiger sowie die Kosten durch das abgegebene Meistgebot gedeckt sind.

[3]) Zur Litteratur desselben ist nachzutragen:

a. Immobiliarrecht und Immobiliarexekution von Hesse. Dasselbe enthält die sämmtlichen bei einer Immobiliarzwangsvollstreckung in Betracht kommenden preußischen Gesetze.

b. Die vergleichende Darstellung und Erläuterung der preußischen und bayrischen Subhastationsordnung von Henle; interessant für uns, da sich die Verordnung vom 24. Mai 1879 bekanntlich eng an das bayrische Gesetz angeschlossen hat.

Nachweise der juristischen Folgerichtigkeit der Prinzipien dieses Gesetzes im Wesentlichen auf zwei Aufsätze von Bähr[4]) und von von Salpius[5]) bezieht und schließlich nach Widerlegung einiger gegen das neue Prinzip erhobener juristischer und wirtschaftlicher Bedenken die Einführung desselben auch für Mecklenburg aus wirtschaftlichen Gründen sowie hauptsächlich wegen der dann zweifellos eintretenden Verminderung der Subhastationen warm empfiehlt.

Die zweifellos sehr große praktische Wichtigkeit dieser Frage mag ein Wort zur Begründung der gegenteiligen Ansicht rechtfertigen.

Vorweg ist zu bemerken, daß m. E. eine Übereinstimmung unseres Rechtes auf diesem Gebiete mit dem Rechte unseres großen Nachbarstaates Preußen zwar sehr wünschenswert, aber keineswegs durchaus notwendig erscheint, und kann uns daher der Wunsch nach solcher Übereinstimmung ebensowenig zu einer sofortigen Änderung unserer Gesetzgebung veranlassen, wie der Umstand, daß das neue Prinzip, anscheinend wenigstens, immer weitere Ausdehnung gewinnt und wahrscheinlicher Weise auch demnächst in dem künftigen deutschen Civilgesetzbuche zur Herrschaft gelangen wird.

Zur Sache selbst ist hervorzuheben, daß es sich nicht darum handeln kann, in abstracto die Frage zu entscheiden, welches Prinzip das juristisch richtigere ist und von welchem die günstigsten wirtschaftlichen Folgen zu erwarten sind, vielmehr steht zur Frage:

1. Ist ein Bedürfnis dafür vorhanden, unsere Gesetzgebung in dem Sinne des preußischen Gesetzes abzuändern? oder sind
2. wenigstens die Vorzüge des neuen Prinzips in juristischer und vor Allem in wirtschaftlicher Beziehung zweifellos so überwiegend, daß wir aus diesem Grunde zu einer sofortigen Änderung unserer Gesetzgebung schreiten sollen.

---

[4]) Jahrbücher für Dogmatik XIII pag. 182 folg.

[5]) Verhandlungen des 12. Juristentages I pag. 117 folg.

Beide Fragen aber sind, m. E., und zwar die letztere nach beiden Richtungen hin, zu verneinen.

Was zunächst die erste anbetrifft, so ist es wesentlich ein doppeltes, was von einer Zwangsvollstreckungsordnung begehrt werden muß. Zunächst, daß sie dem Gläubiger möglichst sicher und möglichst rasch zur Befriedigung verhilft, ferner aber, daß sie im Interesse des Schuldners sowohl wie der Gläubiger zur Erzielung eines angemessenen Preises für das zwangsversteigerte Grundstück führt. In ersterer Richtung gelangt nun zweifellos unsere Verordnung vom 24. Mai 1879 auf dem denkbar schnellsten und sichersten Wege zum Ziel, da ja auf Antrag eines jeden, im Besitze eines vollstreckbaren Schuldtitels befindlichen Gläubigers die Zwangsversteigerung eingeleitet und ohne jede Weiterung zur Durchführung gebracht wird; dagegen ist in letzterer Richtung nicht zu verkennen, daß gar häufig der Zuschlag erteilt werden muß, ohne daß ein angemessenes Gebot abgegeben worden ist.

Gleichwohl kann m. E. das Vorliegen eines Bedürfnisses nach Abänderung unserer Gesetzgebung in Richtung des preußischen Gesetzes nicht anerkannt werden, da, wie unten näher dargelegt werden soll, der Schuldner und auch die Gläubiger durch Ausdehnung der für Landgüter geltenden Vorschriften auf alle Grundstücke genügend geschützt werden können, und außerdem zu beachten ist, daß thatsächlich den allermeisten der beim Zwangsverkaufe ausfallenden Forderungen ein wirksamer Schutz überhaupt nicht gewährt werden **kann**, da sie eben unter allen Umständen wertlos sind.

Immerhin ist eine Verschiedenheit der Ansichten über das Vorhandensein solchen Bedürfnisses sehr wohl möglich, auch ist anzuerkennen, daß sich eine Gesetzesänderung schon dann rechtfertigen würde, wenn das neue Prinzip juristisch richtiger als das bisher geltende wäre und gleichzeitig zu erwarten stände, daß die Folgen desselben für unsere gesamten wirtschaftlichen und Real-Kreditverhältnisse von überwiegend günstigem Einflusse sein würden.

Im Folgenden soll deshalb eine Darlegung nach beiden Richtungen hin versucht werden.

## II.

Was zunächst die juristische Seite unserer Frage anbetrifft, so ist

A. auch bei uns die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen rechtlich als ein, allerdings besonders gearteter, Teil des Civilprozesses anzusehen, thatsächlich aber zeigt das ganze Verfahren eine große innere Verwandtschaft mit dem Konkursverfahren, und tritt daher auch bei uns, im Gegensatze gegen das neue preußische Gesetz, die Person des Beschlagnahmegläubigers, nachdem einmal der Beschlagnahmebeschluß erlassen ist, fast gänzlich, die Priorität seines Rechtes dagegen vollständig zurück.

Diese Auffassung rechtfertigt sich zunächst durch die geschichtliche Entwickelung unseres Subhastationsprozesses, ferner aber auch durch die Eigenart des zur Zwangsvollstreckung gezogenen Objektes.

1. Diese geschichtliche Entwickelung war in großen Umrissen bekanntlich die folgende: dem römischen wie dem älteren deutschen Rechte war ein durch den nachstehenden Pfandgläubiger mit der Wirkung der Aufhebung des Rechtes des vorstehenden Pfandgläubigers bewirkter Zwangsverkauf eines Grundstücks unbekannt; während aber nach römischem Rechte dem posterior creditor nur das jus offerendi zustand, war nach älterem deutschem Rechte ein auf seinen Antrag erfolgender Verkauf wenigstens dann zulässig, wenn der Ersteher entweder die Vorhypotheken übernahm oder ein zu deren Auszahlung genügendes Gebot abgab. Da nun aber beim Mangel der Spezialität und der Publizität sowie einer sicheren Rangordnung der nach und nach entstandenen zahlreichen Pfand- und Vorzugsrechte die Verteilung des Erlöses den erheblichsten Schwierigkeiten unterlag, so bildete sich im gemeinen deutschen Civilprozesse — vergl. Wetzell, 2. Aufl. pag. 88, 89 u. 580 — im Anschlusse an die mißverstandene L. 6 C. de remiss. pig. 8, 26, unter dem Einflusse der italienischen

Praxis des Mittelalters allmälig der Grundsatz aus, daß die Subhastation nach Analogie des Konkursverfahrens, als sog. Spezialkonkurs zu geschehen habe, so daß alle Gläubiger, also auch die Pfandgläubiger es sich gefallen lassen mußten, in das Verfahren hineingezogen zu werden, während sich die Bedeutsamkeit des Rechtes der einzelnen Gläubiger erst durch die prioritätsmäßige Befriedigung aus dem Erlöse wirksam zeigte. Ganz auf dieser gemeinrechtlichen Grundlage stand nun die Exekutions- und Subhastations-Ordnung vom 30. September 1857, da diese im § 20 bestimmte, daß die Verfügung der Subhastation alle Rechtswirkungen eines Spezialkonkurses über das Grundstück habe, soweit sich nicht aus dem Begriffe einer Zwangsvollstreckung notwendige Beschränkungen ergeben. Es kamen demnach für das weitere Verfahren, da der Spezialkonkurs in Mecklenburg gesetzlich nicht geregelt war[6]), die Grundsätze des Generalkonkurses zur entsprechenden Anwendung, auch bestimmten unsere Hypothekenordnungen im Anschlusse hieran, daß sämtliche[7]) Hypotheken durch den Spezialkonkurs erlöschen sollten. Auch durch die Civilprozeßordnung und unsere zur Ausführung des § 757 derselben erlassene Verordnung vom 24. Mai 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, wurde der bisherige Rechtszustand nicht wesentlich geändert, da die Erstere nur ganz vereinzelte Bestimmungen hinsichtlich der Immobiliarzwangsvollstreckung traf — vergl. §§ 755—757 daselbst —, während die Letztere — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 274 — im Wesentlichen nur den Zweck verfolgte, das Zwangsvollstreckungsverfahren formell mit den allgemeinen Grundsätzen der Civilprozeßordnung in Einklang zu bringen, materiell aber die früheren Grundsätze, die sich wohl bewährt hatten, bei Bestand ließ.

2. Aber nicht nur durch die geschichtliche Entwickelung des Subhastationsprozesses, sondern auch durch die Eigenart des Ob-

---

[6]) Vergl. Motive zur Verordnung vom 24. Mai 1879 pag. 24.

[7]) Ausgenommen sind allein die für den ritterschaftlichen Kreditverein eingetragenen Hypotheken — vergl. dessen revidierte Statuten vom 13. April 1882. § 71 z. E.

jektes rechtfertigt sich sehr wohl ein konkursähnliches Verfahren. Während es sich nämlich bei der Zwangsvollstreckung in eine bewegliche Sache oder in eine Forderung regelmäßig[8]) um die Befriedigung nur eines Gläubigers handeln wird, beziehungsweise doch, wenn mehrere Gläubiger konkurrieren, die Verhältnisse sehr einfach liegen, wird bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück regelmäßig eine größere Zahl von Beteiligten vorhanden sein, auch wird durch die Verwaltung und den Verkauf des Grundstücks und demnächst durch die Verteilung des Erlöses ein komplizierteres Verfahren veranlaßt, welches jedenfalls thatsächlich einem Konkurse sehr ähnlich ist.

B. In direktem Gegensatze nun zu diesem in Mecklenburg geltenden Rechte charakterisirt sich das preußische Gesetz vom 13. Juli 1883 als ein aus einem scharfen Bruche mit den bisherigen Rechtsgrundsätzen hervorgegangenes. Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte und der positiven Bestimmungen desselben darf verwiesen werden auf die citierte Abhandlung pag. 285 folg., dagegen ist hier etwas näher einzugehen auf diejenigen Grundsätze, auf welche man sich zur juristischen Begründung des neuen Prinzips berufen hat.

Es sind dies im Wesentlichen zwei, von denen der eine überwiegend prozessualer, der andere dagegen materiell-rechtlicher Natur ist.

1. Zunächst argumentiert man — vergl. Bähr a. a. O. pag. 204 — folgendermaßen: der Zweck jeder Zwangsvollstreckung sei Befriedigung des betreibenden Gläubigers; sei nun aber das abgegebene Gebot so niedrig, daß der betreibende Gläubiger aus demselben auch nicht einmal teilweise Befriedigung erlangen könne, so stehe damit fest, daß es in diesem Falle unmöglich sei, jenen Zweck zu erreichen und sei die Zwangsvollstreckung deshalb wegen mangelnden Interesses des betreibenden Gläubigers einzustellen.

Es ist nun vorweg zur Charakterisierung des vorstehenden

---

[8]) Ausnahmsweise tritt übrigens auch hier ein konkursähnliches Verfahren ein, vergl. §§ 758—767 der Civilprozeßordnung.

Satzes darauf hinzuweisen, daß das preußische Gesetz denselben, obwohl man sich ja grade zur Begründung der ins Leben gerufenen Gesetzesänderung hauptsächlich auf ihn beruft, nicht aufgenommen hat[9]), vielmehr den positiven Satz, daß eine wenigstens teilweise Befriedigung des Beschlagnahmegläubigers Voraussetzung des Zuschlages sei, negativ[10]) dahin modifiziert hat, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren schon dann durchgeführt wird, wenn nur die dem Beschlagnahmegläubiger vorgehenden Gläubiger nicht geschädigt werden.[11])

Betreffend den aufgestellten Satz selbst, so kann die Richtigkeit desselben nicht anerkannt werden, vielmehr bleibt ein Interesse des Beschlagnahmegläubigers an dem Fortgange der Zwangsvollstreckung selbst dann, wenn die Befriedigung solchen Gläubigers durch das abgegebene Meistgebot ausgeschlossen erscheint, von Bestand und zeigt sich sogar nach einer doppelten Richtung hin bedeutsam. Zunächst nämlich insofern als dem Beschlagnahme-Gläubiger durch die Einstellung die Möglichkeit entzogen wird, durch billigen Ankauf und demnächstigen günstigen Wiederverkauf des Grundstücks sein Geld zu retten; ferner aber sind ja zu der Zeit, wo es sich herausstellt, daß ein genügendes Gebot nicht zu erzielen ist, bereits erhebliche Kosten entstanden, welche natürlich bei Einstellung des Verfahrens in Ermangelung eines anderen Zahlungspflichtigen den Antragsteller treffen müssen.[12])

---

[9]) Konsequenter § 10 der sächsischen Subhastationsordnung: Der Zwangsverkauf darf nur um einen Preis erfolgen, welcher den Gesamtbetrag der der Forderung des betreibenden Gläubigers im Range vorangehenden und bei Verteilung des Kaufpreises zu berücksichtigenden Ansprüche zuzüglich der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahren übersteigt.

[10]) § 22 Abs. 2: Ohne Übernahme oder Befriedigung derjenigen Rechte, welche dem Rechte des (betreibenden) Gläubigers vorgehen, darf der Verkauf des Grundstücks nicht stattfinden.

[11]) Motive pag. 53: Die Erwägung, daß der gänzliche Mißerfolg von dem unbedeutendsten Erfolge nicht zu scheiden ist, läßt den Verkauf schon dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn zwar der verkaufende Gläubiger nichts erhält, aber die besser berechtigten Gläubiger wenigstens nicht geschädigt werden.

[12]) vergl. § 11 Abs. 2 des preußischen Gesetzes, betreffend die Gerichtskosten bei Zwangsversteigerungen vom 18. Juli 1883.

Will man aber diese Interessen als des Rechtsschutzes unwürdige hinstellen, weil die Gewährung solchen Schutzes sachlich darauf hinauslaufen würde, dem nachstehenden Gläubiger das Recht einzuräumen sich auf Kosten seiner Vormänner vor Schaden zu schützen, so mag dies, soweit es sich um den Erwerb und den demnächstigen Wiederverkauf des Grundstücks seitens des Beschlagnahmegläubigers handelt, richtig sein, dagegen ist m. E. sein Begehren wenigstens die Kosten des Verfahrens von sich abzuwälzen ein wohl berechtigtes und muß es zum Mindesten als höchst bedenklich, wenn nicht als inkonsequent bezeichnet werden, wenn das Gesetz einerseits jedem Gläubiger ohne Rücksicht auf die rechtliche Bedeutsamkeit seines Anspruches das Recht auf Erwirkung der Beschlagnahme einräumt, ja sogar dem wachsamen und sein Recht energisch verfolgenden durch Gewährung eines Vorzugsrechtes[13]) eine Prämie erteilt, ihm aber doch gleichwohl andrerseits keineswegs eine unbeschränkte Durchführung dieses Rechtes gestattet, ihn vielmehr eventuell mit einem empfindlichen Nachteile belegt. Es steht aber auch dies Prinzip des preußischen Gesetzes, wonach der Beschlagnahmeantrag nur als ein Versuch anzusehen ist, den der betreibende Gläubiger auf seine eigene Gefahr macht und dessen Kosten er daher im Falle des Mißlingens tragen muß, im direkten Gegensatze zu den Grundsätzen der Civilprozeßordnung. Nach § 709 Abs. 3 derselben bestimmt sich nämlich die Priorität mehrerer durch Pfändung entstandener Pfandrechte nach der Zeitfolge ihrer Entstehung, gleichwohl aber steht dem Anschlußpfändungsgläubiger das Recht zu, ohne und selbst gegen den Willen des ersten Pfändungsgläubigers — vergl. § 710 Abs. 1 der Civilprozeßordnung — den Verkauf der gepfändeten Sache zu der Wirkung zu betreiben, daß durch denselben auch das Pfandrecht des ersten Gläubigers untergeht — vergl. Seuffert, Civilprozeß 2. Auflage Note 4 zu § 727 — und zwar ist es hierbei irrelevant, ob auf den Anschlußpfändungsgläubiger überhaupt noch irgend Etwas aus dem Erlöse kommt oder nicht.

[13]) vergl. § 30 Abs. 1 des preußischen Gesetzes; vergl. auch § 9 der Verordnung vom 24. Mai 1879.

Es ist aber wahrlich nicht abzusehen, warum nicht derselbe Grundsatz auch bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien zur Geltung gelangen sollte, es erscheint vielmehr durchaus unberechtigt, wenn dieselbe Frage, nämlich die, inwieweit der nachstehende Gläubiger auf die Forderung des vorstehenden einzuwirken befugt ist, verschieden beantwortet wird, je nachdem das zur Zwangsvollstreckung gezogene Objekt eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist.

2. Der zweite zur Begründung des neuen Prinzips herangezogene Grundsatz — vergl. Verhandlungen des 12. Juristentages I pag. 128 — ist der der L. 54 D. de reg. jur., daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen, d. h. auf den vorliegenden Fall angewendet, daß der Eigentümer eines Grundstücks eine zweite Hypothek nur unbeschadet des Rechtes der ersten, bereits bestehenden, bestellen kann, daß mithin der Inhaber einer Nachhypothek den Verkauf eines Grundstücks nur so bewirken kann, daß das Recht des ersten Hypothekengläubigers unberührt bleibt.

Die Anwendlichkeit dieser Konsequenz auf die mecklenburgische Hypothek aber kann nicht anerkannt werden, wie sich dies unmittelbar aus der rechtlichen Natur der mecklenburgischen Hypothek ergiebt. Es wird nämlich nach mecklenburgischem Rechte dem Gläubiger durch die Bestellung einer Hypothek nicht ein im römisch-rechtlichen Sinne dingliches, von allen künftigen Verfügungen des Grundstückseigentümers unabhängiges Recht eingeräumt; die Hypothek des mecklenburgischen Rechtes ist vielmehr — vergl. von Meibom, das Mecklenburgische Hypothekenrecht pag. 34 — zu charakterisieren „als die im Hypothekenbuche eingetragene Belastung eines Grundstückes, welche in der Verpflichtung des Eigentümers desselben besteht, die im Hypothekenbuche angegebene Geldsumme zu zahlen, für welche der Wert des Grundstücks haftet." Unsere Hypothek ist mithin — vergl. G. Buchka, Hypothek des Eigentümers pag. 80 und 81 — ein Recht auf Zahlung einer bestimmten Summe aus dem Grundstücke, auf welches dieselbe eingetragen ist, und zwar ist dieses Recht zunächst gerichtet gegen den Eigentümer des be-

lasteten Grundstücks als solchen und modifiziert sich, wenn dieser nicht zahlt, zu der Berechtigung des Hypothekengläubigers nunmehr begehren zu können, daß das Gericht den Wert des Grundstücks auf dem Wege der Zwangsversteigerung herstelle und ihn aus dem Erlöse der Priorität seiner Forderung entsprechend befriedige. Ist das hypothekarische Recht aber nur ein Recht auf Zahlung und gewährt dasselbe dem Gläubiger eine dingliche Herrschaft über das belastete Grundstück nicht, so kann dem Hypothekengläubiger auch die rechtliche Macht nicht zustehen zu verhindern, daß ein nachstehender Hypothekengläubiger oder auch ein bloßer Buchgläubiger von eben dieser jedem Gläubiger zustehenden Befugnis den Wert eines schuldnerischen Grundstücks in Geld umsetzen zu lassen, Gebrauch mache, und dies um so weniger, als ja sein auf prioritätsmäßige Befriedigung aus dem Werte des Grundstücks gerichtetes Recht hiedurch gänzlich unberührt bleibt. Im Wesentlichen ebenso[14]) wie mit den Hypotheken steht es mit denjenigen Rechten (Altenteilen, Personalservituten), welche zwar nicht direkt auf Zahlung gerichtet sind, bezüglich welcher jedoch ein Ultimatum für den Konkursfall eingetragen ist[15]), während die wahrhaft dinglichen Rechte an und für sich durch eine Zwangsversteigerung gar nicht berührt werden[16]) und nur eventuell auf Antrag der in der Priorität vorgehenden eingetragenen Gläubiger, also grade in Anwendung des Grundsatzes: nemo plus juris u. s. w. in Wegfall kommen.[17])

## III.

Aus dem Vorstehenden dürfte sich so viel als zweifellos ergeben, daß selbst vom ausschließlich juristischen Standpunkte aus

---

[14]) vergl. übrigens Domanial-Hypothekenordnung § 30 nr. 2.

[15]) vergl. Domanialhypothekenordnung a. a. O. u. § 11 nr. 2; revidirte Stadtbuchordnung § 13 nr. 2. Abs. 1 und § 35 nr. 3.

[16]) vergl. Domanialhypothekenordnung § 26 Abs. 2; revidierte Stadtbuchordnung § 32 nr. 2. Abs. 3. Wismar'sche Stadtbuchordnung § 34 Absatz 1.

[17]) vergl. revidierte ritterschaftliche Hypothekenordnung § 8 nr. 3 und § 31 nr. 3; Domanialhypothekenordnung § 29 nr. 2 und revidierte Stadtbuchordnung § 35 nr. 1.

das neue Prinzip sehr erheblichen Bedenken unterliegt. Gleichwohl mag dahin gestellt bleiben, ob die ältere oder die neuere Theorie die richtigere ist, da diese überwiegend praktische Frage, worüber wohl allgemeine Übereinstimmung herrschen dürfte, vom bloßen Rechtsstandpunkte aus, überall nicht zu lösen ist, vielmehr würde m. E. grade diese so tief in die Kredit- und wirtschaftlichen Verhältnisse einschneidende Gesetzesänderung nur dann zu rechtfertigen sein, wenn mit fast zweifelloser Gewißheit angenommen werden könnte, daß sie nach den angegebenen Richtungen hin von überwiegend günstigen Folgen sein würde.

Daß diese Frage aber für verschiedene Länder verschieden wird beantwortet werden können, liegt auf der Hand, und wenn in Preußen hauptsächlich wirtschaftliche Erwägungen zu solcher Gesetzesänderung Veranlassung gegeben haben, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß solche Erwägungen auch bei uns, wo die Verhältnisse teilweise völlig anders liegen, zu einem gleichen Resultate führen müssen. Es soll daher im Folgenden versucht werden, die Vorzüge und Schattenseiten des neuen Prinzips grade in Hinblick auf die speziell mecklenburgischen Verhältnisse darzulegen, wobei jedoch schon jetzt hervorzuheben ist, daß der Natur der Sache nach für manche dieser Aufstellungen zur Zeit wenigstens, ein zwingender Beweis nicht erbracht werden kann, es vielmehr wesentlich Sache der Beurteilung des Einzelnen sein wird, welche Bedeutung er den einzelnen Punkten beilegen will.

A. Von den Anhängern des neuen Prinzips werden folgende Vorzüge desselben hervorgehoben:

1. durch dasselbe werde der Realkredit gehoben und zwar wesentlich auf dem Wege der absoluten Sicherstellung der ersten Hypothek. Die erste Hypothek soll, wie von Salpius[18]) ausführt, eine dauernde, allen Schwankungen des Kredits entrückte Kapitalanlage sein; dies sei sie jedoch nicht, so lange sie von den späteren Kreditoperationen des Grundstücksbesitzers affiziert und in deren Krisen mit hineingezogen werde.

Diese Ansicht geht jedoch m. E., für das mecklenburgische

---

[18]) Verhandlungen des 12. Juristentages I. pag. 129.

Recht wenigstens, entschieden zu weit. Auch eine erste Hypothek bleibt doch immer eine Hypothek d. h. ein auf Zahlung einer Geldsumme gerichteter, daher ein begriffsmäßig nicht dauernder, sondern ein durch einmalige Erfüllung aufzuhebender Anspruch.[19]) Es wird demnach nur zu erfordern sein, daß die erste Hypothek, wenn sie auch in eine Zwangsvollstreckung hineingezogen wird, mit zweifelloser Sicherheit zur Hebung gelangt. Dies aber ist bei uns jetzt thatsächlich der Fall, denn daß in Mecklenburg „erste" oder wie nach mecklenburgischem Sprachgebrauche, wenn sich auch die Begriffe vielleicht nicht völlig decken, zu sagen sein wird, „pupillarisch sichere"[20]) Hypotheken, ausgefallen sind, dürfte, wenn überhaupt, doch nur ganz ausnahmsweise vorgekommen sein.

Für die Erhöhung der Sicherheit dieser Hypotheken ist daher in Mecklenburg jedenfalls ein Bedürfnis nicht vorhanden, vielmehr zeigt ein Blick auf den Verkehr, daß der von von Salpius a. a. O. aufgestellte Satz, daß jede auch noch so entfernte, aber unabwendbare Gefahr eines Verlustes die Ware vom Markte vertreibe, auf die pupillarisch sicheren Hypotheken bei uns thatsächlich keine Anwendung findet.

Gleichwohl dürfte die Frage von Interesse sein, welche praktische Bedeutung denn eigentlich diese von dem preußischen Gesetze in erster Linie angestrebte absolute Sicherheit des ersten Hypothekengläubigers hat.

In dieser Beziehung nun ist anzuerkennen, daß

a. für den ersten Gläubiger die Nothwendigkeit wegfällt fortwährend darüber zu wachen, ob auch ein Grundstück, an welchem ihm eine Hypothek zusteht, der Zwangsversteigerung unterstellt ist, während er hiezu nach mecklenburgischem Rechte ja allerdings genötigt ist. Es ist hiebei übrigens zu beachten, daß thatsächlich diese Sache wenigstens im Regelfalle bei Weitem anders liegt, denn einerseits pflegen Gläubiger und Schuldner nicht soweit auseinander zu wohnen, daß Ersterer nicht von der Beschlag-

---

19) vergl. von Meibom a. a. O. pag. 37 Note 8 und Budde, Entscheidungen VIII. pag. 77.

20) vergl. Boehlau, Mecklenburgisches Landrecht II § 116 Note 29.

nahme des Grundstücks erfahren sollte, ferner aber brechen Zwangsvollstreckungen nur ausnahmsweise ganz plötzlich herein, vielmehr sind erfahrungsmäßig gewöhnlich die Zinsen der Intabulata seit mindestens einem Termine rückständig, so daß der Gläubiger schon hiedurch auf die Möglichkeit des Eintritts der Zwangsversteigerung hingewiesen ist. Die Gefahr also, durch bloßes Übersehen der eingeleiteten Zwangsversteigerung mit einer Hypothek auszufallen, erscheint demnach in der That recht fernliegend; übrigens könnte sie ohne Aufgabe des Prinzips völlig ausgeschlossen werden, wenn die durch § 58 der Verordnung vom 24. Mai 1879 vorgeschriebene besondere Aufforderung an jeden Gläubiger zur Anmeldung seiner Ansprüche mit dem Proklam des § 26 daselbst verbunden würde.

b. Ferner aber brauchen nach dem neuen Prinzip — und hierin liegt ja gerade der Kernpunkt desselben — alle dem Beschlagnahmegläubiger vorgehenden Gläubiger nicht zu besorgen, daß ihre Forderung ausfallen könnte oder daß sie zur Vermeidung solches Ausfalles das Grundstück übernehmen müßten; es bleibt vielmehr ihre Forderung völlig unberührt von der Zwangsversteigerung. Dies ist aber auch Alles; denn zahlt der neue Erwerber, der freilich die Intabulata mit übernimmt, über dessen Zahlungsfähigkeit und wirtschaftliche Tüchtigkeit aber dem Gläubiger eine Prüfung gar nicht zusteht, demnächst das Kapital oder auch nur die Zinsen nicht, so werden nunmehr die ersten Gläubiger ihrerseits in die Stellung eines betreibenden Gläubigers gedrängt. Diese Stellung aber ist unter der Herrschaft des neuen Prinzips eine so wenig beneidenswerte, daß allein diese Möglichkeit die eben erwähnten Vorteile fast aufwiegt.

Ob aber die vorstehenden Gläubiger im Verhältnis zu den ihnen nachstehenden Gläubiger überhaupt einen solchen Schutz verdienen, erscheint denn doch noch recht zweifelhaft. Wenn nämlich die Motive zum preußischen Gesetze pag. 57, um die Abschwächung des Rechtes des nachstehenden Gläubigers zu rechtfertigen, anführen, „daß das Recht desjenigen Gläubigers, der weder selbst das Grundstück mit den ihm der Priorität nach

vorgehenden Intabulaten übernehmen wolle, noch einen hiezu bereiten Käufer finde, bereits wertlos sei", so muß doch eben dasselbe auch auf jeden Einzelnen der dem Beschlagnahmegläubiger vorstehenden Gläubiger Anwendung finden und kann sich daher keiner von diesen darüber beschweren, daß bei Gelegenheit der durch einen nachstehenden Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung auch die Wertlosigkeit seines eigenen Rechtes zu Tage tritt.

2. Als ein zweiter sehr erheblicher Vorzug des neuen preußischen Gesetzes wird hervorgehoben — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 311 — daß sich und zwar ohne Verletzung berechtigter[21]) Interessen Dritter die Subhastationen vermindern werden. Daß aber wirklich eine erhebliche Abminderung derselben zu erwarten steht, möchte denn doch noch recht zweifelhaft sein. Freilich werden die auch nur etwas schlechter stehenden Gläubiger sich gar sehr bedenken die Zwangsversteigerung zu beantragen, aber in den allermeisten Fällen wird die Sache so liegen, daß, wenn auch vielleicht einige Zeit später, der Eigentümer nicht mehr im Stande sein wird, selbst die besser stehenden Gläubiger zu befriedigen, so daß dann einer von diesen die Zwangsvollstreckung beantragen wird und zwar eventuell in dem Gedanken nötigenfalls das Grundstück unter Übernahme der ihm vorgehenden Intabulata selbst zu kaufen, um so möglicherweise sein sonst zweifellos verlorenes Geld zu retten.

3. In enger Verwandtschaft mit diesem steht ein weiterer angeblicher Vorzug, nämlich der, daß die Möglichkeit aufhöre, den Eigentümer eines Grundstücks von demselben zu vertreiben, ohne daß der Zweck des Verfahrens, nämlich die Befriedigung des Beschlagnahmegläubigers, auch nur im Geringsten erreicht werde.

Daß aber diese Möglichkeit durch das preußische Gesetz wirklich ausgeschlossen wird, ist thatsächlich nicht wahr, da dasselbe,

---

[21]) Ob diese Interessen wirklich so unberechtigt sind, darüber siehe unten B. 1.

wie bereits oben bemerkt, den Zuschlag nicht von der gänzlichen oder teilweisen Befriedigung des Beschlagnahmegläubigers, sondern vielmehr davon abhängig gemacht hat, daß die vorstehenden Gläubiger durch das abgegebene Meistgebot gedeckt sind. Verringert wird diese Möglichkeit allerdings und muß in dieser Beziehung anerkannt werden, daß bei uns der Fall recht häufig ist, daß auf den Beschlagnahmegläubiger nichts mehr von dem Erlöse entfällt. Es ist ja auch durchaus nicht zu verkennen, daß hierin eine Härte gegen den Grundstücksbesitzer liegt, doch ist es nicht minder hart, wenn, wie dies nach dem neuen Prinzip nur allzu oft der Fall sein wird, der Gläubiger, obwohl ihm eine wohlbegründete, mit einem vollstreckbaren Titel versehene Forderung zusteht, außer der Nichtrealisierung seiner Forderung noch die erheblichen Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens auf sich nehmen muß. Wenn aber einmal eine Härte nicht zu vermeiden ist, so ist es doch wahrlich richtiger, daß diese den nicht zahlenden Schuldner, nicht aber den sein gutes Recht verfolgenden Gläubiger treffe.

4. Ferner soll das neue Gesetz ein wirksames Gegenmittel gegen das wucherische Kreditgeben sein. In dieser Beziehung führen die Motive pag. 55 und 56 an: „Es ist bekannt, wie die Möglichkeit ein Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen gerade in Verbindung mit der Pflicht des Erstehers den Kaufpreis bar zu zahlen[22]), zu billigen Ankäufen benutzt wird. Es ist im schlimmsten Sinne das Spiel, welches mit dem leicht gewährten, fast entgegengetragenen Kredit beginnt und in dem Augenblicke einer, wenn auch vorübergehenden Kalamität mit dem Subhastationsantrag endet."

Was zunächst speziell das wucherische Kreditgeben in der Absicht das Grundstück an sich zu bringen anbetrifft, so sind, zur Zeit wenigstens, unsere Verhältnisse so gesund, daß ein gesetzgeberisches Einschreiten nach dieser Richtung hin keineswegs notwendig erscheint. Die Möglichkeit aber, daß ein Grundstück weit unter dem wahren Werte verkauft wird, wird durch das

---

[22]) vergl. über diesen Punkt gleich unten sub nr. 5.

Gesetz vom 13. Juli 1883 zwar beschränkt, aber keineswegs ausgeschlossen, vielmehr ist nach demselben sehr wohl möglich, daß z. B. in Kriegszeiten ein wertvolles Grundstück in einem auf Antrag des ersten Gläubigers eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren auf ein ganz geringes Gebot zugeschlagen werden muß.

Gegen solchen Zuschlag auf ein ganz unzulängliches Gebot dürften vielmehr die allerdings nur für Landgüter[23]) getroffenen Bestimmungen des § 45 nr. 7 und 12 der Verordnung vom 24. Mai 1879 weit besseren Schutz gewähren. Nach diesen ist nämlich der Zuschlag im gewöhnlichen Überbotstermine nur auf ein zwei Drittel der aufgestellten Taxe erreichendes und erst in einem frühestens zwei Jahre später stattfindenden Überbotstermine auf jedes Gebot zu erteilen; nach Ablauf dieser Zeit aber wird nicht mehr eine blos vorübergehende Kalamität vorliegen, vielmehr steht dann anzunehmen, daß der wirkliche Wert des Grundstücks entsprechend gefallen ist.

5. Ein weiterer Vorzug des Gesetzes vom 13. Juli 1883 soll darin liegen, daß nach § 57 Abs. 1 und 3 daselbst, Barzahlung nur hinsichtlich eines geringen Teiles des Kaufpreises erforderlich sei, hiedurch aber der Kreis der Bieter und damit die Wahrscheinlichkeit ein höheres Gebot zu erzielen vergrößert werde. Dies ist richtig, doch fällt hiegegen erheblich ins Gewicht, daß durch eine allzugroße Ermäßigung der Barzahlung der Erwerb des Grundstücks durch solche Personen allzu sehr begünstigt wird, welche den ihnen nach Berichtigung des Barkaufgeldes zu übertragenden Besitz des Grundstücks — vergl. § 98 Abs. 1 daselbst — nur dazu benutzen, dasselbe „auszuschlachten", später aber nicht im Stande sind, ihren Verpflich-

---

[23]) Eine Ausdehnung dieser Grundsätze auf alle Grundstücke dürfte sich vielleicht empfehlen, obwohl freilich die Schwierigkeiten einer angemessenen Taxation — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 301 — keineswegs zu unterschätzen sind; übrigens mag es gestattet sein, darauf hinzuweisen, daß schon das römische Recht in L. 2 C. si in causa judicati VIII. 22 bestimmte, daß bei Verkäufen im Wege der Exekution der Zuschlag nur dann erteilt werden dürfe, wenn ein dignum pretium geboten war.



tungen nachzukommen, vielmehr neue Kosten durch den Wiederverkauf veranlassen.

Dieser angebliche Vorzug ist übrigens für das mecklenburgische Recht ziemlich bedeutungslos, da ja bei uns nicht, wie bisher in Preußen, die sofortige Auszahlung des gesamten Kaufpreises erfordert wird, vielmehr Verordnung vom 24. Mai 1879 § 44 nr. 3 und letzter Absatz, nur eine angemessene, sofort bei Erteilung des Zuschlages zu bestellende, als Konventionalpön haftende Anzahlung vorschreibt, es im Übrigen aber dem Vollstreckungsgerichte überläßt die Zahlungstermine nach den jedesmaligen besonderen Umständen unter Berücksichtigung der Erklärungen der bei der Zwangsversteigerung Beteiligten festzusetzen und dasselbe hiebei nur insofern beschränkt, als auf Antrag jedes Beteiligten vor der Tradition ein bestimmter Teil des Kaufpreises, der Rest aber spätestens drei Jahre nach dem Zuschlage auszuzahlen ist.

Grade in letzteren Bestimmungen dürfte m. E. den Gläubigern ein sehr bedeutsamer, im neuen preußischen Gesetze aber völlig fehlender Schutz[24]) gegen einen zahlungsunfähigen Käufer gegeben sein, was praktisch um so wichtiger ist, als das Recht auf Wiederverkauf regelmäßig, wenigstens soweit es sich um Ansprüche gegen den Käufer handelt, illusorisch sein wird.

6. Ein fernerer Vorzug wird endlich darin gefunden, daß die durch das geringste Angebot gedeckten Intabulata — vergl. § 57 daselbst — durch den Zuschlag nicht fällig werden, vielmehr von dem Käufer zu übernehmen sind, während nach mecklenburgischem Rechte die Gläubiger sich eine sofortige Barzahlung, beziehungsweise Zahlung durch Erhebungsanweisungen — § 71 der Verordnung vom 24. Mai 1879 — gefallen lassen müssen.

Es ist nun vorweg darauf hinzuweisen, daß selbst dann, wenn man sich in dieser Beziehung für das neue Prinzip entscheiden sollte, damit doch keineswegs auch die Annahme des

---

[24]) Der pag. 301 dieser Zeitschrift a. a. O. erwähnte Schutz durch eine einstweilige Verfügung dürfte, wenn auch in manchen, so doch keineswegs in allen Fällen genügen.



das ganze Gesetz vom 13. Juli 1883 beherrschenden Grundsatzes geboten ist, es vielmehr — vergl. Bähr a. a. O. — durchaus zulässig erscheint, das Fälligwerden der durch das abgegebene Gebot gedeckten Forderungen auszuschließen, gleichwohl aber die Erteilung des Zuschlages auf jedes Gebot hin vorzuschreiben.

Zur Entscheidung der Frage selbst, ob denn wirklich das Nichtfälligwerden der Intabulata wesentliche Vorteile mit sich bringt, dürften folgende Punkte heranzuziehen sein:

Der erheblichste durch das Fälligwerden entstehende Nachteil liegt darin, daß es den Gläubigern möglicherweise nicht gelingt ihre Kapitalien zur bisherigen Sicherheit und zum bisherigen Zinsfuße wieder unterzubringen, sowie daß solche Belegung jedenfalls nur unter Aufwand von Mühe und Kosten möglich ist. Es ist jedoch in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, daß solcher Nachteil wegen der Möglichkeit der Kündigung seitens des Schuldners ja, regelmäßig wenigstens, mit jeder hypothekarischen Belegung verbunden ist, mithin als ein besonders schwer ins Gewicht fallender nicht angesehen werden kann.

Ein weiterer Nachteil für die Gläubiger ergiebt sich daraus, daß während in Mecklenburg die Belegung und demgemäß auch die Verzinsung der Kapitalien fast ausnahmslos in den beiden s. g. landesüblichen Terminen, Antoni und Johannis, stattfindet, im Zwangsversteigerungsverfahren die Auskehrung derselben gemäß § 71 der Verordnung vom 24. Mai 1879 im Verteilungstermine zu geschehen hat, daß aber gleichwohl keineswegs vorgeschrieben ist, daß der letztere innerhalb eines der landesüblichen Termine angesetzt werde, wie denn auch solches, wenn es auch an sich wünschenswert ist, oft ohne eine zulässige Verzögerung des ganzen Verfahrens gar nicht möglich sein würde. Hiedurch kann den Gläubiger allerdings ein Zinsverlust treffen, da eine sofortige hypothekarische Wiederbelegung wohl nur sehr selten möglich sein wird, Sparkassen und Banken ja aber nur eine geringere Zinse gewähren; übrigens trifft dieser Nachteil überall nur diejenigen Gläubiger, deren Kapitalien zur baren Auszahlung gelangen, da die Fälligkeit der Erhebungsanwei-

sungen wohl ausnahmslos in die landesüblichen Termine verlegt werden wird.

Überhaupt dürfte die Auszahlung eines zur Hebung kommenden Kapitals gegen den Willen des Gläubigers nicht allzu oft vorkommen, da erfahrungsgemäß sehr häufig und sehr leicht eine Einigung zwischen dem Käufer und den Hypothekengläubigern über die Wiedereintragung der Kapitalien zu erfolgen pflegt und außerdem zu beachten ist, daß es zwar unzulässig erscheint durch die Verkaufsbedingungen die Übernahme der Hypotheken durch den Käufer vorzuschreiben, daß es jedoch keineswegs ausgeschlossen ist, auf Antrag eines Gläubigers, soweit nicht etwa ein beachtliches Interesse des Schuldners oder anderer Gläubiger dem entgegensteht, dem Käufer durch die Verkaufsbedingungen die Verpflichtung aufzuerlegen, auf Verlangen dieses Gläubigers in die Wiedereintragung unter Anrechnung auf das Kaufgeld zu willigen.

Immerhin sind die durch das Fälligwerden der Intabulata entstehenden Nachteile nicht unerheblich; doch bringt auch ihrerseits die gegenteilige Bestimmung des neuen preußischen Gesetzes wiederum erhebliche Nachteile mit sich. Zunächst insofern, als der Preis des Grundstücks durch den etwaigen hohen, demnächst ja auch vom Käufer zu zahlenden Zinsfuß der zu übernehmenden Intabulata gedrückt wird, welcher Umstand um so bedeutungsvoller erscheint, als es nach mecklenburgischem Recht möglich ist die Kündigungsbefugnis des Schuldners vollständig auszuschließen[25]) und solche einmal eingetragene Beschränkung ja auch auf den Käufer übergehen würde.

---

[25]) vergl. v. Meibom a. a. O. § 18 Note 44 und § 5 Note 8 sowie Budde, Entscheidungen VIII pag. 77. — Nach preußischem Recht kann die Kündigungsbefugnis des Schuldners nur auf 30 Jahre ausgeschlossen werden, — vergl. Turnau, Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 I pag. 308 —, dagegen unterliegt, während ja bei uns nur 5 Prozent Zinsen eingetragen werden dürfen, der Zinsfuß nach preußischem Rechte, Grundbuchordnung § 23, keinen Beschränkungen, wobei freilich zu beachten ist, daß nach § 2 des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 Kapitalien mit mehr als 6 Prozent jährlicher Zinsen nach einem halben Jahre selbst dann gekündigt werden können, wenn eine längere Frist vereinbart ist.

Eine zweitere Benachteiligung der Gläubiger aber kann darin liegen, daß ihnen anstatt des bisherigen ein anderer Schuldner untergeschoben wird, insofern nämlich, als ja bei der Kreditgewährung, wenigstens bezüglich größerer ländlicher Grundstücke, nicht nur die durch das belastete Grundstück gebotene Realsicherheit, sondern namentlich auch die landwirtschaftliche Tüchtigkeit des Besitzers in Betracht gezogen zu werden pflegt, und wenn auch freilich ein Schuldner, dessen Grundstück zwangsversteigert wird, im Regelfalle eine Sicherheit überall gar nicht mehr bietet, der Gläubiger mithin durch Unterschiebung eines andern Schuldners keinenfalls etwas verliert, so sind doch Ausnahmen hievon sehr wohl denkbar — vergl. Bähr a. a. O. pag. 197. —

Es dürften sich demnach die Vor- und Nachteile der beiden im Gegensatze stehenden Grundsätze des Fälligwerdens und der Übernahme der zur Hebung kommenden Intabulata wohl gegeneinander aufheben, keinesfalls aber dürfte letzteres Prinzip so sehr vorzuziehen sein, daß eine Änderung des jetzt geltenden Rechtes geboten erscheinen könnte und dies um so weniger, als solche vielfach und in erheblichster Weise in das materielle Hypothekenrecht eingreifen würde.[26])

B. Diesen Vorzügen des neuen Prinzips stehen nun speziell für die mecklenburgischen Verhältnisse die folgenden Nachteile entgegen:

1. Da ja die Stärkung der vorstehenden Gläubiger ohne gleichzeitige entsprechende Schwächung der nachstehenden überhaupt gar nicht denkbar ist, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß durch eine bezügliche Gesetzesänderung in erster Linie diejenigen Gläubiger getroffen werden würden, denen zur Zeit solcher Änderung eine Hypothek nicht erster Sicherheit zusteht.

---

[26]) Es würde z. B. wegen der neben dem Eintrage trotz der selbständigen Natur desselben regelmäßig hergehenden persönlichen Verpflichtung des bisherigen Eigentümers eine gesetzliche Bestimmung über Fortdauer oder Erlöschen solcher Verbindlichkeit erforderlich werden — vergl. Delbrück, die Übernahme fremder Schulden pag. 68 und 97 — sowie wegen anderer hier einschlagender Fragen Gruchots Beiträge XXV. pag. 41 folg.

Freilich ist nun nicht anzunehmen, daß das bisherige unbeschränkte Recht, die Zwangsversteigerung herbeizuführen, ein Bestandteil ihres materiellen Hypothekenrechtes ist, vielmehr handelt es sich um eine Frage des Prozeßrechtes, — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 296 — so daß eine bezügliche Gesetzesänderung nicht als ein Eingriff in bereits wohl erworbene Privatrechte zu charakterisieren sein würde; im Übrigen aber gehen die Ansichten über die rechtliche Bedeutung der Entziehung solchen Rechtes sehr weit auseinander. Bähr a. a. O. pag. 205 gelangt zu dem Resultate, daß hiedurch dem nachstehenden Gläubiger ein Nachteil überall gar nicht zugefügt würde, da ja für ihn ein Interesse an dem Verkaufe, aus dem er eine Befriedigung ja doch nicht erhalte, überall gar nicht bestehe. Wäre dies richtig, so würde das jetzige Verfahren allerdings, wie von Bähr behauptet wird, nur zur bloßen Befriedigung der Rachsucht oder Schadenfreude des Gläubigers dienen. Daß jedoch der betreibende Gläubiger wirklich ein Interesse an der Durchführung der Zwangsversteigerung habe, ist bereits oben dargelegt und wird sogar von manchem Anhänger der gegnerischen Ansicht eingeräumt[27]), wie man dann auch wohl thatsächlich sein Begehren, sich durch Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens gegen Zahlung der Kosten des Verfahrens zu schützen, wohl kaum für völlig unberechtigt wird ansehen können. Selbst aber auch, wenn man dies annehmen wollte, und demnach zu dem Resultate käme, daß solches Interesse einen Rechtsschutz überall gar nicht verdiene, so würde doch nicht zu verkennen sein, daß ein desfallsiger gesetzlicher Eingriff die derzeitigen Hypothekengläubiger sehr hart treffen würde, da diese sich doch nun einmal thatsächlich eines solchen Schutzes erfreuen.

Daß aber diese Befugnis, unbeschränkt und ohne Furcht vor nachteiligen Folgen die Zwangsversteigerung beantragen und ohne jedes Hindernis zur Durchführung bringen zu können, wirklich ein Recht mit rechtlich bedeutungsvollem Inhalte ist, zeigt sich nach doppelter Richtung hin. Durch die Entziehung dieses Rechtes

[27]) vergl. Verhandlungen des 12. Juristentages I pag. 123 folg. und II pag. 255 folg., sowie des 16. Juristentages II pag. 77 folg.



wird nämlich zunächst indirekt thatsächlich eine erhebliche Herabminderung der Priorität und damit des Wertes des einzelnen Intabulats bewirkt, ferner aber wird die rechtliche Macht des Gläubigers einem böswilligen oder auch nur nachlässigen Schuldner gegenüber auf das erheblichste abgeschwächt.

a. Die Richtigkeit zunächst des ersten Punktes wird ein Fall aus dem Leben am besten zeigen: Ein Gläubiger, für den ein größeres Kapital nicht an erster Stelle eingetragen steht, will ein erlangtes, vollstreckbares, auf Zahlung des Kapitals lautendes Urteil vollstrecken lassen. Es gewährt ihm nun der § 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 das Recht nach seiner Wahl entweder die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung oder endlich Beides neben einander zu beantragen. Von der Zwangsverwaltung wird nun in diesem Fall der Gläubiger regelmäßig Abstand nehmen, denn da aus den Aufkünften zunächst die Kosten der Verwaltung — Verwaltungen aber sind bekanntlich teuer — demnächst — vergl. § 147 a. a. O. — die laufenden Abgaben, Leistungen und Zinsen und darauf erst die Forderungen des Beschlagnahmegläubigers zu berücksichtigen sind, so würde die Abtragung eines größeren Kapitals jedenfalls lange Jahre dauern; wählt der Gläubiger aber die Zwangsversteigerung, so setzt er sich der Gefahr aus, entweder das Grundstück selbst übernehmen oder, wenn das s. g. geringste Gebot nicht erreicht wird, die sehr erheblichen Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens tragen zu müssen. In beiden Fällen tritt ihm demnach sofort die Frage entgegen, wie viel denn eigentlich das geringste Gebot d. h. die Summe aller ihm vorgehenden Forderungen (Intabulata, Zinsen, Kosten u. s. w.) beträgt. Die Ermittelung dieser Summe aber wird nicht allein sehr erhebliche technische Schwierigkeiten machen — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 298 — sondern, — und dies dürfte einer der wundesten Punkte des neuen Prinzips sein, — sie ist, wenigstens mit auch nur annähernder Sicherheit, bei Stellung des Beschlagnahmeantrages überall gar nicht möglich.[28])

[28]) Zum Beweise hiefür mag hinsichtlich des preußischen Rechtes der Hinweis auf die §§ 53—56 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 genügen.

Es ist nämlich einerseits eine auch nur annähernd genaue Berechnung der absolut privilegierten Gerichts- und Verwaltungskosten — § 61 der Verordnung vom 24. Mai 1879 — völlig ausgeschlossen, namentlich unter Mitberücksichtigung des Umstandes, daß ja auch dem Sequester eine Vergütung für seine Geschäftsführung zusteht — § 30 a. a. O. — Ebensowenig ist aber auch andererseits eine Berechnung des Betrages der dem Beschlagnahmegläubiger vorgehenden rückständigen Zinsen möglich; es teilen nämlich bekanntlich die rückständigen Zinsen eine nicht in allen Hypothekenordnungen völlig gleichmäßig bestimmte, 1½ bis 2 Jahre betragende, Zeit hindurch die Priorität ihres Kapitals; der Beschlagnahmegläubiger ist ja aber gar nicht in der Lage zu wissen, ob, eventuell welche Zinsen rückständig sind.

Ist der Gläubiger demnach in der That nicht im Stande, bei Stellung des Beschlagnahmeantrages seine Priorität auch nur annähernd zu übersehen, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß er, wenn er sicher gehen will, genötigt ist, einen die Kosten unter allen Umständen deckenden Betrag und außerdem den Gesamtbetrag der möglicher Weise rückständigen, die Priorität ihres Kapitals teilenden und daher ihm vorgehenden Zinsen in Rechnung zu ziehen; hieraus aber folgt wiederum weiter, daß sein Intabulat thatsächlich um die Differenz zwischen der von ihm in Ansatz gebrachten und der demnächst wirklich zur Deckung der vorstehenden Posten erforderlichen Summe in seiner Priorität herabgedrückt wird.

b. Die Abschwächung der rechtlichen Macht des Gläubigers anbetreffend, so ist als ein besonderer Vorzug unserer bisherigen Gesetzgebung, und m. E. mit vollstem Rechte, ein rasch und energisch vor sich gehendes Zwangsvollstreckungsverfahren angesehen worden,[29]) da ohne ein solches nur zu leicht das beste Recht illusorisch gemacht werden kann, und liegt hierin, nachdem die Strenge der Zwangsvollstreckung durch Aufhebung der Personalhaft erheblich gemindert ist, das wichtigste Schutzmittel für

---

[29]) vergl. Exekutionsordnung § 3 nr. 6 und Tschierpe, Erörterungen dazu pag. 13.

den Gläubiger.[30]) — Es ist demnach ein ohne Weiterung zulässiges, mit keiner neuen vermögensrechtlichen Gefahr für den betreibenden Gläubiger verbundenes und unter allen Umständen zum Verkauf des Grundstücks führendes Zwangsvollstreckungsverfahren zweifellos das beste Mittel, den Schuldner, bei dem es oft ebenso sehr an dem „Wollen", wie an dem „Können" fehlen wird, anzuspornen mit Aufbietung aller Kräfte und mit Heranziehung aller Hülfsmittel seinen Verpflichtungen nachzukommen, und kann man daher mit vollem Rechte sagen, daß schon die bloße Möglichkeit, ein so geartetes Zwangsvollstreckungsverfahren in Gang zu setzen, dem Rechte des Gläubigers eine gewisse innere Kraft verleiht.

Wie aber steht es hiemit nach dem neuen preußischen Gesetze? Zunächst weiß ja der Schuldner natürlich ganz genau, daß jeder in der Priorität nur etwas höher stehende Gläubiger, aus Furcht eventuell die Kosten tragen zu müssen, sich gar schwer entschließen wird, die Zwangsversteigerung zu beantragen; ferner aber trifft selbst die wirkliche Einleitung derselben den Schuldner nicht allzu hart, da ihm durch dieselbe weder die Benutzung noch die Verwaltung des Grundstücks entzogen wird[31]) und bleibt ihm endlich ja noch immer die in vielen Fällen nur allzu begründete Hoffnung, daß es wegen nicht genügenden Gebotes zu einer Durchführung des Zwangsverkaufes überhaupt gar nicht kommen werde oder daß der Gläubiger seiner Verpflichtung die Kosten der Erhaltung und Verbesserung des Grundstücks vorzuschießen[32]) nicht nachkommen und deshalb die Einstellung des Verfahrens werde angeordnet werden.

Allerdings hat nun das preußische Gesetz in bewußter Absicht[33]) ein Gegenmittel gegen das durch solche Lage leicht entstehende allzu große Sicherheitsgefühl des Schuldners dadurch

---

[30]) vergl. Motive zur Civilprozeßordnung pag. 568.

[31]) vergl. § 16 Abs. 2 des preußischen Gesetzes und dagegen § 27 der Verordnung vom 24. Mai 1879.

[32]) vergl. § 24 und § 148 des preußischen Gesetzes.

[33]) vergl. Rudorff, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen pag. 15.

geschaffen, daß es im § 2 Abs. 2 und 3 dem Gläubiger gestattete nach seiner Wahl anstatt der Zwangsversteigerung sowie auch neben derselben die Zwangsverwaltung zu beantragen. Aber ein wie schwächliches Mittel ist dies! Ganz abgesehen davon nämlich, daß es dem Gläubiger überhaupt nur in seltenen Fällen einen Erfolg verspricht, entzieht es ja dem Schuldner das Grundstück überhaupt nicht definitiv, sondern nur zeitweise und selbst letzteres nicht einmal vollständig, da nach § 141 daselbst dem zur Zeit der Beschlagnahme auf demselben wohnenden Schuldner während der Dauer der Verwaltung die für ihn und seine Familie unentbehrlichen, für die Verwaltung nicht erforderlichen Wohnräume zu belassen sind.

Durch die vorstehend aufgeführten Punkte dürfte der Nachweis erbracht sein, daß den bereits eingetragenen Gläubigern durch die Einführung des neuen Prinzips eine schwere Schädigung zugefügt werden würde und zwar dürfte die größte Vorsicht um so mehr geboten sein, als voraussichtlich sofort zahlreiche Hypotheken gekündigt werden würden, sobald der Erlaß eines desbezüglichen Gesetzes ernstlich in Aussicht genommen werden würde, da m. E. sehr viele Kapitalisten ihr Geld aus einer Anlage herausziehen würden, bei welcher ihnen die Wiedererlangung des Kapitals so außerordentlich erschwert ist. Hieraus aber könnte leicht eine sehr ernste, bei der augenblicklichen Notlage der Landwirtschaft doppelt gefährliche Kalamität entspringen, da es wohl nur sehr wenige Grundstücke in Mecklenburg geben wird, auf welche nicht solche demnächst in die Stellung einer Hypothek minderen Rechtes gedrängte Posten eingetragen stehen.[84])

[84]) Es soll übrigens durchaus nicht verkannt werden, daß allerdings das richtige Verhältnis zwischen Real- und Personalkredit vielfach gar sehr verschoben ist, doch ist es m. E. recht zweifelhaft, ob das neue preußische Gesetz zur Erreichung der Wiederherstellung eines richtigeren Verhältnisses zwischen beiden beitragen wird, vielmehr werden voraussichtlich die persönlichen Gläubiger wegen der nach § 2 nr. 1 daselbst gegebenen Möglichkeit, die Eintragung in das Grundbuch auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, noch größeren Werth als bisher darauf legen, daß ihnen durch Eintragung eine, wenn auch vielleicht thatsächlich ziemlich wertlose Realsicherheit gewährt werde.



2. Ganz dieselben Nachteile würden natürlich diejenigen treffen, welche nach Einführung des neuen Prinzips eine solche Hypothek minderen Rechtes erwerben würden, nur würden sich die Folgen der abgeschwächten rechtlichen Bedeutung dieser Hypotheken darin zeigen, daß dieselben erheblich schwerer als bisher zu begeben sein werden, und daß der Zinsfuß bezüglich derselben, welcher ja naturgemäß im umgekehrten Verhältnisse zu ihrem Werte steht, ein erheblich höherer werden wird. Es würden demnach nach dieser Richtung hin hauptsächlich die Grundbesitzer betroffen werden.

Es ist nun in dieser Beziehung hervorzuheben, daß es gerade in der Absicht des preußischen Gesetzes liegt — vergl. Rudloff a. a. O. pag. 70 — den namentlich in den östlichen Provinzen über das richtige Maß hinaus gesteigerten Realkredit zu beschränken; selbstverständlich freilich nicht den reellen, im Werte des Grundstücks selbst seine Sicherheit suchenden, sondern nur den Schwindelkredit, d. h. denjenigen Kredit, dem es um eine wucherische Verzinsung und hauptsächlich um den aus einer unzeitigen Zwangsversteigerung des Grundstücks entspringenden Gewinn zu thun ist. Mag nun auch in Preußen nur dieser Kredit wirklich betroffen sein, so liegt dies doch in Mecklenburg völlig anders. Es pflegt nämlich bei uns, im Gegensatz zu Preußen, die Beleihung selbst größerer Grundstücke in verhältnismäßig kleinen Posten von 1500 ℳ, 3000 ℳ oder höchstens 5000 ℳ zu geschehen, und ist es demnach regelmäßig zwar unmöglich im einzelnen Falle zu entscheiden, an welcher Stelle die absolute Sicherheit aufhört, jedenfalls aber beginnt nicht unmittelbar nach dem Aufhören dieser der Schwindelkredit, vielmehr giebt es in Mecklenburg außerordentlich viele Hypotheken, die zwar keine allererste Sicherheit gewähren, deren Inhabern aber Nichts ferner liegt, als die Absicht eines wucherischen Gewinnes, die vielmehr grade eine sichere Kapitalanlage nebst Ziehung einer angemessenen, je nach der Priorität des Kapitals etwas höheren oder niedrigeren Zinse — 5 Prozent dürfen ja überhaupt nur eingetragen werden — beabsichtigen. Alle diese Hypotheken, von denen jedenfalls ein sehr großer Teil die Bezeichnung

„schlechte Hypotheken“ durchaus nicht verdient, würden m. E. nach Einführung des neuen Prinzips, wenn überhaupt, nur unter Bewilligung eines erheblich höheren Zinsfußes zu begeben sein; dies aber würde wiederum zur Folge haben, daß zahlreiche, namentlich größere Grundbesitzer überhaupt nicht mehr im Stande sein würden, ihre Grundstücke zu halten, während zahlreichen anderen das Betriebskapital entweder ganz entzogen werden oder ihnen doch ferner nur gegen wucherische Zinsen zur Verfügung stehen würde, so daß solche Gesetzesänderung, anstatt den Schwindel- und Wucherkredit zu beschränken, ihn, wenigstens bei uns, gerade ins Leben rufen würde.

Praktisch dürfte sich die Sache demnach dahin gestalten, daß unter der Herrschaft des neuen Prinzips die Hypotheken nicht erster Sicherheit zu einer dauernden, reellen Kapitalanlage nur noch von denjenigen Kapitalisten werden benutzt werden, welche in der Lage und gewillt sind, nötigenfalls das Grundstück, mit den ihnen vorgehenden Hypotheken belastet, selbst zu übernehmen. Grade hierin aber tritt m. E. wiederum ein weiterer, sehr erheblicher Nachteil des neuen Prinzips hervor, insofern nämlich, als hierdurch das große Kapital, namentlich also die großen Geldinstitute, in durchaus ungerechtfertigter Weise bevorzugt werden würden, da sie ja weit eher in der Lage sind, ein Grundstück zu erwerben und eine günstigere Konjunktur zum Wiederverkauf abzuwarten, als der kleinere Kapitalist. Das Kapital dieses würde vielmehr vollständig aus der hypothekarischen Anlage herausgedrängt werden; diese Herausdrängung des kleineren Kapitalisten aber wäre m. E. sehr zu bedauern, da man ihn hierdurch ja indirekt nötigen würde, sein Geld in Börsenpapieren anzulegen.

3. Noch erheblich ungünstiger als die Lage der Hypothekengläubiger aber würde sich unter der Herrschaft des neuen Prinzips diejenige der jetzigen oder künftigen persönlichen Gläubiger eines Grundstücksbesitzers gestalten[85]). Zunächst nämlich treffen

---

[85]) Übrigens mag hier hervorgehoben werden, daß es wünschenswert wäre, wenn diesen der Zugriff auf das Grundstück, wie dies nach früherem Rechte der Fall war — vgl. Exekutionsordnung § 10 nr. 2 u. 3 —, wenigstens im Regelfalle erst dann gestattet wäre, nachdem die Zwangsvoll-



ja alle Beschränkungen der Hypothekengläubiger auch sie, und kommt außerdem — was schwer gegen die Einführung des neuen Prinzips ins Gewicht fällt — noch hinzu, daß der Grundstücksbesitzer ihnen den Zugriff auf das Grundstück durch Eintragung fingirter, den Wert des Grundstücks völlig erschöpfender Posten thatsächlich fast völlig unmöglich machen, jedenfalls aber erheblich erschweren und verzögern kann. Es wird nun freilich hiegegen darauf hingewiesen — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 297 —, daß auch nach jetzigem Rechte der persönliche Gläubiger, ehe er einen reellen Nutzen von der Zwangsversteigerung erzielen könne, genötigt sei, diese Scheinhypotheken auf dem Wege der Klage zu beseitigen; dies ist allerdings richtig, beweist aber m. E. für den vorliegenden Fall Nichts, da thatsächlich unter der Herrschaft des jetzigen Rechtes wohl fast niemals solche Scheinhypotheken bestellt werden, und zwar deswegen nicht, weil dieselben dem Eigentümer einen Schutz gegen die auf dem Wege der Zwangsversteigerung erfolgende Entziehung des Grundstücks nicht zu gewähren vermögen, die Zwangsversteigerung vielmehr trotz derselben vor sich geht, der Eigentümer mithin zur Bestellung solcher Scheinhypotheken keine genügende Veranlassung hat.

4. Ebenso wie bezüglich der Kreditverhältnisse im engeren Sinne, so ist auch die Einwirkung des neuen Prinzips auf die übrigen wirtschaftlichen Verhältnisse als eine nachteilige zu charakterisieren.

In dieser Richtung heben nun die Motive zum preußischen Gesetze pag. 57 hervor, daß zwar von Manchen die Befürchtung gehegt werde, es sei in Folge der wegen Mangels eines genügenden Gebots vielfach eintretenden Unveräußerlichkeit dem überschuldeten Besitzer die Möglichkeit gegeben, in der Devastierung des Grundstücks fortzufahren; diese Befürchtung sei jedoch unbegründet, da, wenn das Grundstück wirklich in Verfall sei, sehr

---

streckung in das bewegliche Vermögen fruchtlos ausgefallen ist; freilich ist es recht zweifelhaft, ob solche Bestimmung, da ja die C.-P.-O. Exekutionsgrade nicht kennt, durch die Landesgesetze getroffen werden könnte — vgl. Motive zur C.-P.-O., pag. 563 VI. nr. 1.

bald auch die besser berechtigten Gläubiger Anlaß zum Einschreiten haben würden.

Daß dies jedoch allgemein oder auch nur für den Regelfall richtig ist, muß entschieden in Abrede genommen werden, vielmehr würde m. E. ein Schuldner unter der Herrschaft des neuen Prinzips sehr häufig zwar die schlechter stehenden Gläubiger unbefriedigt lassen, die Zinsen der ersten Intabulata jedoch bezahlen, und damit den besser berechtigten Gläubigern die Möglichkeit des sofortigen und — regelmäßig wenigstens — die Veranlassung zu einem baldigen Einschreiten entziehen, inzwischen aber, da die schlechter stehenden Gläubiger nicht wagen werden, den Antrag auf Beschlagnahme zu stellen, das Grundstück ruhig weiter „ausschlachten". Zeigt doch schon jetzt die tägliche Erfahrung, daß sich die Gläubiger nur äußerst schwer zu einem energischen Vorgehen entschließen, obwohl sie nach geltendem Rechte doch thatsächlich Nichts weiter zu befürchten haben, als den Verlust derjenigen Kosten[86]), welche zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels erforderlich sind; zweifellos aber werden sie noch weit mehr zögern, mit dem Antrage auf Zwangsversteigerung hervorzugehen, wenn ihnen außerdem noch die Tragung der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens droht. Es könnte dann wahrlich nur allzu leicht derjenige Zustand wiederkehren, wie ihn Tschierpe in seinen Erläuterungen zur ritterschaftlichen Hypothekenordnung pag. 190 bezüglich der Zeit vor Erlassung der Exekutionsordnung schildert, nach welchem in Güstrow ein überschuldetes, zu den ersten der Stadt gehörendes Haus jahrelang förmlich derelinquiert und nahe daran gewesen ist, zur Ruine zu werden, bis es endlich wegen rückständiger öffentlicher Abgaben zum Verkauf gebracht wurde.

Aber auch ganz abgesehen von jedem „Ausschlachten" bringt schon die bloße Thatsache, daß sich ein Grundstück in der Hand eines überschuldeten Besitzers befindet, wenigstens dann, wenn es sich um ein zum Ackerbau bestimmtes Grundstück handelt, erheb-

[86]) Es wäre vielleicht wünschenswert, daß solche Kosten, soweit sie ordnungsgemäß zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels aufgewendet sind, die Priorität des Kapitals teilten — vgl. Budde, Entscheidungen IX. pag. 60.



liche allgemeine wirtschaftliche Nachteile mit sich, da ja ein solcher Besitzer nicht im Stande ist, durch ordnungsgemäße Bewirtschaftung den vollen Ertrag aus demselben zu ziehen. Es wird nun in dieser Beziehung behauptet, — vergl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 308 u. 309 — daß gerade die unter der Herrschaft des neuen Prinzips zweifellos eintretende Ausdehnung der Thätigkeit beziehungsweise Neubildung von Creditinstituten mit dem Rechte der Pfandbriefausgabe erheblich dazu beitragen werde, daß allmählig „der Grundbesitz, soweit er bisher auf Schultern lastet, die ihn in Wirklichkeit nicht zu tragen vermögen, an solche Personen gelangt, die seiner wirtschaftlichen und politischen Bedeutung gerecht werden können"; allein hiegegen ist zu sagen[37]), daß einerseits die vorhandenen Kreditinstitute bereits den Bedürfnissen genügen, und daß die Erfahrungen der neuesten Zeit wahrlich nicht geeignet sind, eine Vermehrung derselben wünschenswert erscheinen zu lassen, sowie andererseits, daß die Gründe dafür, daß leider! allzu viele Grundbesitzer thatsächlich nur die Verwalter ihrer Gläubiger sind, auf ganz anderen Gebieten liegen, namentlich, was hier natürlich nicht näher ausgeführt werden kann, in den niedrigen Preisen der landwirtschaftlichen Produkte, den hohen Bestellungskosten und den noch immer verhältnismäßig viel zu hohen Preisen der Güter.

5. Als eine letzte[38]) nachteilige Konsequenz des neuen Prinzips ist folgende hervorzuheben: Nach § 2 Abs. 2 des preußischen Gesetzes ist, wie bereits bemerkt, dem Gläubiger als ein durchaus notwendiges, daher eventuell auch bei uns einzuführendes Gegenmittel gegen das allzu große Sicherheitsgefühl des Schuld-

[37]) Ganz abgesehen von der schwierigen Frage, ob nicht durch Wiedereinführung des Rentenkaufes (neben der Hypothek) das erstrebte Ziel einer festen Geldbelegung auf längere Zeit besser und sicherer erreicht wird. Übrigens ist zu beachten, daß thatsächlich die wenigsten der dem Grundbesitzer gegebenen Darlehen als Produktivdarlehen zu charakterisieren sind.

[38]) Die Schwierigkeit der Behandlung etwaiger Korrealhypotheken dürfte auch m. E. — vgl. diese Zeitschrift a. a. O. pag. 299 — wenig ins Gewicht fallen, da solche nach der ritterschaftlichen und Domanial-Hypothekenordnung, abgesehen von den aus älterer Zeit herstammenden, überall gar nicht zulässig sind und überhaupt thatsächlich äußerst selten vorkommen.

ners die Berechtigung eingeräumt, nach seiner Wahl[39]) anstatt der Zwangsversteigerung die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu beantragen. Jede Sequestration aber ist kostspielig und widerspricht dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, so daß schon aus der Möglichkeit, solche beliebig herbeiführen zu können, ein erheblicher Gegengrund gegen die Einführung des neuen Prinzips zu entnehmen ist, und dies um so mehr, als m. E. keinesfalls zu erwarten steht, daß, wie die Motive zum preußischen Gesetze ausführen, die Zwangsverwaltungen stets sehr bald in Folge Zugreifens seitens der besser berechtigten Gläubiger ihr Ende erreichen werden, vielmehr werden diese regelmäßig gerade an der Fortdauer der Sequestration ein Interesse haben, weil nach § 147 des preußischen Gesetzes die Zinsen der Intabulata unmittelbar nach den Kosten und vor dem betreibenden Gläubiger aus den Aufkünften der Zwangsverwaltung bezahlt werden.

## IV.

Als Resultat sind demnach folgende Sätze aufzustellen:

1. Es kann für Mecklenburg das Vorhandensein eines Bedürfnisses, unsere gesetzlichen Bestimmungen über Immobiliar-Zwangsvollstreckungen im Sinne des preußischen Gesetzes vom 13. Juli 1883 abzuändern, nicht anerkannt werden.

2. Eine Änderung unserer Gesetzgebung dahin, daß der Zuschlag im Immobiliar-Zwangsversteigerungsverfahren nur dann erteilt werden darf, wenn die dem Beschlagnahmegläubiger in der Priorität vorgehenden Beträge durch das abgegebene Meistgebot gedeckt sind, würde weder die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse noch speziell den Realkredit heben, vielmehr voraussichtlich bei der augenblicklichen Notlage der Landwirtschaft zu einer förmlichen wirtschaftlichen Kalamität führen; es ist daher zur Zeit wenigstens von einer solchen Gesetzesänderung abzusehen.

---

[39]) In Mecklenburg ist die Zwangsverwaltung bekanntlich nur subsidiär zulässig, vgl. § 2 u. § 74 der Verordnung vom 24. Mai 1879.



# Litteratur.

**O. Büsing, Das Staatsrecht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz.** (In H. Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. III. Band, 2. Halbband, 1. Abteilung, SS. 1—72.)

Das Sammelwerk, in welchem diese Arbeit eines hochgeachteten mecklenburgischen Praktikers erschienen ist, bezeichnet selbst (I. 1. Einleitung pag. VI) als die ihm vorschwebende Idee:

„Das öffentliche Recht in den deutschen Einzelnstaaten in wissenschaftlicher, dem Verständnis aller politisch gebildeten Kreise zugänglicher Darstellung vor Augen zu führen, allerdings nicht in dem vollen Umfange, wie das Bedürfnis des praktischen Rechtslebens des Einzelnstaates alle detaillierten Fragen zu erörtern verlangt, aber doch ausführlich genug, um den Landesangehörigen selbst und zunächst den andern Deutschen ein anschauliches und richtiges Bild von der Verfassung und Verwaltung des einzelnen Staates zu geben."

Dieses Programm zu prüfen nach Zweckmäßigkeit, Ausführbarkeit und wissenschaftlicher Bedeutung ist nicht unsere Aufgabe. Vielmehr wollen wir es recht dankbar erkennen, wenn durch Marquardsen's Handbuch insbesondere über Mecklenburg ein richtigeres Bild bei den andern Deutschen verbreitet wird,

als es das, leider immer noch nicht beseitigte, traditionelle und überaus anschauliche Bild dieses Landes als eines deutschen Schmerzenkindes und eines „verfassungslosen", daher der Willkür preisgegebenen Staates ist. An dieser Stelle haben wir es nur mit Büsing's Arbeit zu thun, und diese ist an dem Marquardsen'schen Programm als an ihrer Norm zu messen.

Für B. konnte bei den vorwiegend politischen Kreisen, auf die M.'s Programm ihn als auf seine Leserkreise hinwies, eine Versuchung bestehen, das mecklenburgische Staatsrecht lediglich mit politischem Maße zu messen. Daß er dieser Versuchung nicht unterlegen, die Objektivität seiner Arbeit, erkennen wir willig an. An den Verfasser eines Partikular-Staatsrechts wird ja sicherlich niemand das Ansinnen stellen, daß er seine politische Überzeugung unterdrücke oder gar verleugne. Er thut genug, wenn er sie seiner juristisch-geschichtlichen Erkenntnis nicht über-, sondern unterordnet, und daß er das gethan hat, dieses Lob wird B. billiger Weise nicht versagt werden dürfen. Selbst die Ausführungen in der heikeln und schwierigen Materie des Freienwalder Schiedsspruchs, so vieles sich dagegen auch einwenden lassen mag, führen zu einem besonnenen und wissenschaftlich wohl zu rechtfertigenden Resultate (pag. 16, 17). Die Idee des Patrimonialstaates und die des modernen Staates waren in einem eminent geschichtlichen Kampfe auf einander gestoßen. Eine juristische Lösung des Konflikts, welche weder der Konsequenz des Patrimonial- noch der des modernen Staates widersprochen hätte, war unmöglich. Die Anordnung des Schiedsspruches zog die juristische Konsequenz des Patrimonialstaates. Der fernere geschichtliche Verlauf mußte entscheiden, ob der Konflikt dadurch gelöst werden könnte. Und er hat nach dieser Seite entschieden. Daß der Verf. dies anerkennt in sachlicher Übereinstimmung mit dem Bundesrats-Beschluß vom 31. Mai 1869, trotz seiner politischen Parteistellung, giebt seiner juristischen Kapazität, daß er die Art der Wiederherstellung bedauert, dieser seiner politischen Stellung Ausdruck und Zeugnis. Der „Schein des Rechts", den er bedauert, war doch nur vorhanden, sofern man die geschichtliche Natur des Konflikts verkannte, und war

weiter die Konsequenz davon, daß die eine der in Konflikt geratenen Parteien die Lösung auf dem Boden des Patrimonialstaates suchte. Von da aus mußte sie die von der ständischen Verfassung vorgeschriebene Kompromiß-Instanz begehren, die Regierung konnte sich diesem Begehren nach der geschichtlichen Lage der Sache nicht wohl entziehen. Die Kompromiß-Instanz aber selbst hatte den Anordnungen ihrer Kommittenten gemäß zu handeln. Weder Referent, noch Verf., noch der Bundesrat verteidigen den perversen Satz „Macht geht vor Recht"; aber daß unser öffentliches und privates Recht der Geschichte eine Art von Richteramt zugeteilt hat, wird niemand in Abrede nehmen.

Daß B. sich in der Klosterfrage nicht auf die Seite des eingeborenen und rezipierten Adels stellt, wird ihm auch wissenschaftlich bei der großen Streitfähigkeit dieser Frage niemand verargen. Wenig übereinstimmend mit dem Maßhalten, welches sich der Verf. nach der politischen Seite hiernach auferlegt hat, sind allerdings einzelne satirische Hiebe und Worte, wie die „ergebenste Empfehlung" (S. 33), die Note 1 der S. 31 und die unrichtige Angabe, daß in Rostock nur „während des Pfingstmarktes" die Abhaltung öffentlicher katholischer Gottesdienste gestattet sei (S. 64). Inzwischen sind das verschwindende Verstöße gegen den Geschmack mehr, als gegen die juristische Aufgabe. Wir wollen nicht darüber rechten.

Nach Marquardsens Programm ist Büsing's Staatsrecht in erster Linie für Nicht-Mecklenburger bestimmt. Wir bezweifeln, ob diesem Gesichtspunkte überall Rechnung getragen ist, oder ob nicht Gefahr vorliegt, daß die Zahl der extranei in jure Mecklenburgico errantes durch Mißverständnisse mancher Stellen vermehrt wird. Vgl. z. B. S. 11 N. 4; S. 13 vv. „Stiftungs- oder Gründungs-Vertrage"; ebds. v. „Kontributionen"; S. 19 erster Absatz; S. 22 erster Absatz; vgl. ferner die „kommissarisch-deputatischen Verhandlungen" S. 23 und die „freien Bauerschaften" S. 25 (extraneus wird daran um so mehr, wenn schon mit Unrecht, anstoßen, als er S. 19 belehrt ist, daß „für ein bäuerliches Eigentum im Lande kein Raum ist"). Wenn ferner extraneus nach Anleitung von S. 42 die „Obrigkeit"

mecklenburgischer Städte mit der obrigkeitlichen Stellung von Städten in konstitutionellen Staaten sich als wesentlich identisch vorstellt, so wird er keine Aussicht haben, in das staatsrechtliche Wesen des mecklenburgischen Städtewesens einen genügenden und richtigen Einblick zu erhalten. Für nicht ganz glücklich möchte ich auch S. 48 den Satz halten: „Den Ständen dagegen ist ihre Patrimonialgerichtsbarkeit verblieben."

Wenden wir uns zu dem vom Verf. sachlich Geleisteten, so wird nicht zu verkennen sein, daß die ihm gestellte Aufgabe in mehrfacher Hinsicht eine undankbare ware. Einmal schon wegen der großen Knappheit des ihm zugemessenen Raumes. Sodann wegen des großen Mangels an eigentlich staatsrechtlichen Vorarbeiten in den einzelnen Partien des überall geschichtlich verwickelten mecklenburgischen öffentlichen Rechts. Endlich und nicht zuletzt! wer hat heutzutage Interesse für ein ständisch-patrimoniales Staatsrecht? — wer achtet auf die, in Mecklenburg mit besonderer Umsicht verfolgte Politik, den ständischen Staat im Sinne der Anforderungen des praktischen modernen Lebens zu entwickeln und ihn der Gemeinschaft mit den konstitutionellen Staaten des deutschen Reiches anzupassen? Kaum daß man auch nur an die Möglichkeit denkt, daß eine rein evolutionäre Entwickelung des deutschen Reichsstaatsrechts mehr und mehr aus manchen heutigen Gliederstaaten Reichsprovinzen machen könnte, und daß für die dann erforderliche Provinzialverfassung in den Formen und Prinzipien des landständischen Staatsrechts unverächtliche Fundamente gefunden werden möchten.

Auch der Herr Verf. hat wohl unter dem Eindruck der Undankbarkeit der ihm gestellten Aufgabe e. M. selbst gestanden. Wenigstens den Mangel von Vorarbeiten beklagt er, und hat dazu um so mehr ein Recht, als er die vorhandenen gedruckten Vorarbeiten im Ganzen vollständig und gewissenhaft benutzt hat. Entgangen sind ihm zwei sehr wertvolle Arbeiten von Kahl[1]).

---

[1]) „Das obere Kirchengericht" 1880 und „Zur Geschichte des Ratzeburger Konsistoriums" 1881 (beide in Dove's und Friedberg's Zeitschrift für Kirchenrecht.)



Aufmerksam hätte er sein sollen auf Eschenbach's Zusätze zu Hagemeisters Staatsrecht, welche in sehr bequemer Handschrift auf der Bibliotheca Kämmerariana zu Rostock Jedermann zugänglich sind. Auch überschätzte B. wohl die Schwierigkeit archivalischer Forschung für sein Gebiet e. M. Das, für ein mecklenburgisches Staatsrecht besonders wichtige und vortrefflich geordnete Archiv der Ritter- und Landschaft zu Rostock öffnet sich nach den Erfahrungen des Referenten mit großer Gefälligkeit und Leichtigkeit, und nicht minder pflegt das mecklenburgische h. Staats-Ministerium jede wünschenswerte Erleichterung und Unterstützung aus seinen Registraturen zu gewähren.

Auf Grund der von ihm benutzten Vorarbeiten hat B. unter allen Umständen einen Überblick über den Schematismus der mecklenburgischen Verfassung geliefert, der in Form, juristischer Schärfe und einer, für den e. M. Eingeweihten präzisen Knappheit ausgezeichnet genannt werden darf. Die staatsrechtliche Aufgabe dagegen, aus diesem Schematismus das organische Wesen des ständischen Staates Mecklenburg wissenschaftlich zu entwickeln, hat Verf. — vielleicht abgesehen von dem, das Finanzwesen behandelnden III. Abschnitte — nicht gelöst, vielleicht gar nicht lösen wollen; denn das Programm des Marquardsen'schen Staatsrechts nötigte unmittelbar hierzu gewiß nicht. Unbefriedigend nach dieser Seite hin ist unter vielem Andern das Verhältnis Ratzeburgs zu Strelitz und das hausvertragsmäßige Verhältnis der beiden Großherzogtümer Schwerin und Strelitz behandelt worden.

Der dem Ref. vergönnte Raum nötigt, diese Besprechung zu schließen. Einzelnheiten, so einladend sie für die Kritik bisweilen sind, z. B. die Schöffenbarfreien S. 18 und die Art, wie die Stellung der Landesuniversität Rostock erwähnt und nicht erwähnt ist, mögen daher beruhen. Nicht minder verzichte ich an dieser Stelle auf eine Replik gegen die, mir gewidmete Anmerkung SS. 39, 40, sowie darauf, Stellen meines mecklenburgischen Landrechts resp. des Fiskus, die der Herr Verf. nicht ganz so verstanden hat, wie sie gemeint waren, präziser zu formulieren (z. B. SS. 22, 23, 42). Der Ausstellungen sind

ohnehin äußerlich mehr geworden, als dem inneren Werte der Arbeit entspricht, von der wir mit voller Anerkennung Abschied nehmen.

Würzburg, Anfangs März 1885.

Hugo Boehlau.

---

Dr. jur. F. Falk (in Hamburg), **Rechtsgrundsätze im Versicherungswesen.** Aus den Erkenntnissen des Reichs-Ober-Handels-Gerichts und Reichsgerichts zusammengestellt. Erster Teil: Allgemeines und Binnenversicherung. XII und 167 SS. — Zweiter Teil: Seeversicherung. VII und 274 SS. — Hamburg und Leipzig. Verlag von Leopold Voß. 1885.

Während man in Frankreich, England und Nordamerika bereits zahlreiche und zum Teil vortreffliche systematische Zusammenstellungen der das Versicherungswesen betreffenden Präjudizien besitzt, wurde in Deutschland ein derartiges Werk bisher sehr vermißt. Der Herausgeber der vorliegenden Sammlung, welcher seine gar nicht leichte Aufgabe in vorzüglicher Weise gelöst hat, kann deshalb sicher sein, sich den Dank der beteiligten Kreise zu erwerben. Jeder der beiden Teile ist auch einzeln käuflich und mit einem alphabetischen Sachregister versehen. Das handliche Buch kann Jedem, der im Versicherungswesen beschäftigt ist — Juristen und Laien — angelegentlich empfohlen werden.

Ehrenberg.

---

W. Späing, Amtsrichter in Berlin. **Handelsregister und Firmenrecht nach deutschem und außer-**

deutschem Rechte. 108 SS. Berlin, Verlag von Franz Vahlen 1884.

Der Schwerpunkt dieser Schrift liegt nicht in der Darstellung, sondern in der Kritik des geltenden Rechtszustandes, einer Kritik, welche sich zu einem vollständig formulierten Gesetzesvorschlage zuspitzt. Bei der künftigen Revision des Handelsgesetzbuches wird auch das Firmen- und Registerrecht nicht ganz unverändert bleiben können, und in manchen Punkten werden gewiß auch die Vorschläge des Verfassers Beachtung finden.

Ehrenberg.

---

**Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879, nebst den einschlägigen Bestimmungen anderer Reichsgesetze und der landesgesetzlichen Ausführungsverordnungen. Mit Kommentar von Heinrich Walter, Rechtsanwalt und Notar a. D. Berlin, Franz Siemenroth, 1885.**

Der vorliegende Kommentar beruht auf einer umfassenden Benutzung der Vorarbeiten zur Gebührenordnung, insbesondere der Motive, der Kommissionsbeschlüsse und der Reichstagsverhandlungen, berücksichtigt auch sorgfältig die auf das Gesetz bezügliche Litteratur und Rechtsprechung. Nach der jetzt allgemein üblichen Methode sind zu den größeren Abschnitten des Textes einleitende Vorbemerkungen gegeben und die einzelnen Paragraphen mit erläuternden Anmerkungen versehen, die stets mit einem vollständigen Abdruck des entsprechenden Teils der Motive beginnen. Der Verf. ist mit Erfolg bemüht gewesen, das sich ihm darbietende reiche Material in bequemer Übersicht zugänglich zu machen, und weiß, wenn er auf Kontroversen stößt, seine Ansicht wohl zu begründen. Der Kommentar erstreckt sich auf die einschlagenden Vorschriften der übrigen Reichsjustizgesetze.

So sind zu § 20 die auf die Wertsberechnungen bezüglichen Bestimmungen des G.-K.-G., der C.-P.-O. und der K.-O. mit ausführlichen und gründlichen Erläuterungen abgedruckt. In einem Anhange sind diejenigen Landesgesetze (Ausführungsverordnungen) zusammengestellt, welche die Gebührenordnung noch auf andere als die im § 1 bezeichneten Arbeiten der Rechtsanwälte ausdehnen. Budde.

---

**Allgemeine deutsche Wechselordnung und Wechselstempelsteuergesetz, erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts von Julius Basch, Landrichter a. D., Rechtsanwalt bei dem Landgerichte I. zu Berlin. 2. verbesserte Auflage. Berlin, Müller, 1885.**

Es wird hier im bequemen Taschenformate eine für den Handgebrauch sehr empfehlenswerte Ausgabe der W.-O. dargeboten. Beigegeben sind die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Kammern für Handelssachen und über die Gerichtsferien (G.-V.-G. §§ 100—118, 201, 202), sowie über den Wechselprozeß (C.-P.-O. §§ 555—567, 102, 500), sodann das Reichseinführungsgesetz, das Gesetz betr. die Aufhebung der Schuldhaft und das Wechselstempelsteuergesetz. Die unter dem Texte stehenden Anmerkungen verweisen mit kurzer Inhaltsangabe auf die einschlagenden Entscheidungen des Oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts. Budde.

---

**Das Verfahren nach der Reichs-Konkursordnung. Von Otto Richter, Amtsgerichtsrat in Graudenz. Berlin 1885. H. W. Müller.**

Das ziemlich umfängliche, 266 Seiten umfassende Werk verfolgt den doppelten Zweck, „dem Juristen ein Handbuch für den praktischen Gebrauch und dem Konkursverwalter ein Führer

bei Handhabung seines Verwaltungsamtes zu sein". Es enthält in seinem Hauptteile (S. 23—235) eine detaillierte und wohl alle denkbaren Fälle behandelnde, dabei aber doch durchaus übersichtliche Schilderung des Konkursverfahrens nebst gut gewählten Beispielen von Anträgen, Verfügungen, Terminsprotokollen u. s. w., und gewährt so ein sehr anschauliches und zugleich lehrreiches Bild davon, wie sich ein Konkurs abspielt.

Das Buch ist demnach zweifellos für jeden Konkursverwalter ein sehr brauchbares Hülfsmittel, da es ihm über zahlreiche, in der K.-O. kaum angedeutete praktische Fragen eingehende Auskunft giebt; im Interesse eines nicht juristisch gebildeten Konkursverwalters wäre allerdings eine größere Kürze erwünscht, namentlich in den die Thätigkeit des Konkursgerichts behandelnden Abschnitten. Auch für die konkursrichterliche Praxis kann das Werk durchaus empfohlen werden, jedoch ist eine vorsichtige Prüfung geboten, so weit es sich um Sätze handelt, welche sich auf die Verwertung der Immobilien beziehen, und zwar um so mehr, weil — was entschieden als ein Fehler bezeichnet werden muß — nirgends scharf hervorgehoben ist, welche einzelnen Aufstellungen auf speziell preußischen Gesetzen beruhen, und welche, als der K.-O. entnommen, auf allgemeine Gültigkeit Anspruch machen können.

Einzelne Ungenauigkeiten hätten vermieden werden sollen. So werden z. B. S. 5 Urteile, die es doch innerhalb des Konkursverfahrens überall gar nicht giebt, den im Konkursverfahren vorkommenden Entscheidungen zugerechnet; ferner soll nach Seite 217 oben das Verfahren eingestellt werden können, wenn sich im Laufe desselben ergiebt, daß die Masse nicht zur Deckung der Kosten hinreicht oder doch nicht mehr als diese „abwirft", während nach § 190 der K.-O. die Einstellung doch schon möglich ist, sobald sich ergiebt, daß eine den Kosten des Verfahrens *entsprechende* Masse nicht vorhanden ist.

Die Ausstattung des Buches ist eine sehr gute.

von Kühlewein.

## Berichtigung.

Im Schlußheft des IV. Bandes auf S. 367 Zeile 2 von oben ist ein sinnstörender Druckfehler stehen geblieben. Es muß statt „zuzuweisen“ heißen „zugewiesen“.

# Entscheidungen der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

## 1. Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder. La. 30/1884.

Durch eine s. g. Dispositio paterna des H. W. v. L. vom 7. Jan. 1723 ist angeordnet worden, daß das demselben gehörige Lehngut L. als ein Familienfideicommiß auf seine Nachkommen nach dem Rechte der „Ersten Geburth" übergehen solle. Diese Verfügung hat unter dem 23. Oktober 1752 die landesherrliche Bestätigung gefunden, „jedoch in der Maße, daß sich diese gnädigste Einwilligung und Ratifikation nur allein auf die in dispositione vestgesetzte Lehen Folge beschränken und in allen übrigen die natura feudorum Mecklenburgicorum communis in Ansehung dieses Gutes L. unverändert bleiben soll."

Bei dem im Jahre 1868 erfolgten Tode des damaligen Besitzers ist das Gut nicht auf dessen unehelich geborenen, jedoch durch nachfolgende Ehe legitimierten Sohn Carl August v. L. übergegangen, sondern auf den nächsten Agnaten und demnächst auf dessen Bruder. Als dieser letztere am 14. Februar 1883, ohne Kinder zu hinterlassen, verstarb, und sein Vetter und nächster Agnat das Fideicommiß in Besitz nahm, trat der erwähnte Karl August v. L. mit der Behauptung hervor, daß in Gemäßheit der durch die Dispositio paterna von 1723 angeordneten reinen Linearsuccession nach dem Rechte der Erstgeburt er als Nachkomme des ältesten Sohnes des im Jahre 1789 verstorbenen Oberhauptmanns von L. — von dessen drittem Sohne der jetzige Inhaber v. L. abstammt — zur Nachfolge in das Lehen berufen sei, und hat, als seine Ansprüche nicht anerkannt wurden, beim Großherzoglichen Landgerichte zu Schwerin gegen den jetzigen Lehnsbesitzer Klage erhoben mit dem Antrage:

> festzustellen, daß er der rechtmäßige Lehenfolger in das Gut L. c. p. sei, demzufolge auch den Beklagten zu verurteilen, das Gut L. c. p. nebst dem dazu gehörigen Inventar an ihn herauszugeben.

Durch Erkenntnis vom 11. März 1884 ist Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Die von demselben hiergegen eingelegte Berufung wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 26. Mai 1884 für unbegründet erklärt.

## Gründe.

Der Kläger und der Beklagte stammen beide von demselben früheren Inhaber des v. L.'schen Fideicommisses ab, jedoch ist ersterer der Nachkomme des ältesten Sohnes, letzterer dagegen ein Urenkel des jüngeren Sohnes desselben. Da nun nach der Dispositia paterna von 1723 das Gut L. nach dem Rechte der Erstgeburt vererben soll, so ergiebt sich ohne weiteres, daß bei der Nachfolge in das Fideikommiß der Kläger vor seinem Gegner den Vorzug beanspruchen darf, wenn die von ihm vertretene Rechtsansicht richtig ist, daß nach gemeinem, auch in Mecklenburg geltenden Lehnrechte Mantelkinder den ehelichen in Bezug auf die Lehnfolge gleichzustellen seien.

Diese in früheren Jahrhunderten sehr verbreitete Lehre wurde teils auf das cap. Naturales (II Feud. 26 § 11) teils auf die Bestimmungen des römischen und canonischen Rechtes und die in dem letzteren vertretenen Anschauungen über die Wirkungen der Eheschließung gestützt. Daß aber die angeführte Stelle der longobardischen Lehnrechtsquelle bei richtiger Auslegung die Erbfähigkeit der Mantelkinder in Bezug auf Lehngüter geradezu in Abrede nimmt, ist von Dieck (Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe) überzeugend dargethan worden und dürfte jetzt kaum noch streitig sein. Und die Annahme, daß das kanonische Recht in der vorliegenden Streitfrage von maßgebender Bedeutung sei, weil in Bezug auf die Ehe samt ihren Wirkungen die kirchlichen Verordnungen allen anderen gesetzlichen Entscheidungsnormen vorzuziehen seien, — welche noch in dem Urteile der Juristen-Fakultät zu Jena betreffend den Reichsgräflich Bentinck'schen Successionsfall (S. 353 und 406—7) vertreten ist — steht mit der geschichtlichen Entwickelung in Widerspruch, da die Wirksamkeit der eherechtlichen Anordnungen des Papstes für das Gebiet des Vermögensrechtes von den weltlichen Gerichten des Mittelalters nicht unbedingt anerkannt worden ist, vielmehr die kanonischen Satzungen sich nur nach und nach und in verschiedenem Umfange auch für das bürgerliche Recht Geltung verschafft haben. Ob eine solche Reception stattgefunden hat, muß daher im einzelnen Falle fest-

gestellt werden, und namentlich bedarf es einer solchen Untersuchung bei der Frage, ob durch den Einfluß des römisch-kanonischen Rechtes die Gleichstellung der Mantelkinder mit den ehelich geborenen auch für die Erbfolge in Lehngüter zur Durchführung gelangt ist, da sich gerade im Lehnrechte die älteren deutschen Anschauungen mit besonderer Festigkeit erhalten haben.

Der Kläger beruft sich nun auch auf keinen der beiden soeben angeführten Gründe für die Geltung des von ihm behaupteten Rechtssatzes, sondern im Anschlusse an die bekannten Schriften von Dieck auf ein Gewohnheitsrecht, welches seit dem 16. Jahrhundert den durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindern die Lehnfolgefähigkeit verschafft habe. Es ist auch zuzugeben, daß vom 15. bis in das 18. Jahrhundert die Meinungen der Schriftsteller so überwiegend den Mantelkindern günstig gewesen sind, daß man von einer communis opinio in dieser Beziehung sprechen darf, woran auch der Umstand nichts ändert, daß die Zahl derjenigen, welche sich zu einer anderen Ansicht bekannten, wie

Kämmerer, Beiträge zum Gemeinen und Meckl. Lehnrecht S. 10

nachgewiesen hat, etwas größer ist, als Dieck angenommen hat. Ebenso ist zuzugeben, daß sich seit dem 16. Jahrhundert die Rechtsprechung in sehr vielen deutschen Ländern, desgleichen auch diejenige der Reichsgerichte für die Erbfähigkeit der Mantelkinder ausgesprochen hat. Aber dennoch ist von dem angefochtenen Urteile zutreffend angenommen worden, daß sich ein die Rechte derselben sicherndes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen lasse. Denn die Wissenschaft und Praxis der angegebenen Zeit stützt sich teils auf eine unrichtige Auslegung des cap. Naturales, teils geht sie von fehlsamen Anschauungen über die Bedeutung und die Wirksamkeit des kanonischen Rechtes und der ihm zu Grunde liegenden Auffassungen von dem Wesen der Ehe aus. Unter dieser unrichtigen Begründung könnte sich nun allerdings als eigentlich wirkende Kraft eine von derselben unabhängige Rechtsüberzeugung verborgen haben. Allein dieser Annahme stehen gewichtige Bedenken entgegen.

Nach den Rechtsquellen des Mittelalters gelten uneheliche Kinder als anrüchig und entbehrten aller öffentlichen Rechte, sowie selbstverständlich auch des Erbrechtes gegen ihren Erzeuger. Die Möglichkeit einer Legitimation derselben ist dem Sachsenspiegel noch unbekannt. Seit dem Eindringen des römisch-kanonischen Rechtes wurde eine solche zwar zulässig und namentlich durch die nachfolgende Ehe der Eltern bewirkt, aber selbst auf dem Gebiete des Landrechtes hat man sich lange gegen die Anerkennung des daraus abgeleiteten Anspruches des Kindes auf den Nachlaß seines Vaters gesträubt. Noch im Jahre 1534 hat der lübische Rat ein zu Stralsund gesprochenes und gescholtenes Urteil bestätigt, durch welches ein vor der Ehe geborenes Kind von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen wurde, was für Mecklenburg von um so größerer Bedeutung ist, als in den meisten hiesigen Städten lübisches Recht gilt.

Vgl. Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht IV S. 292.

Im Allgemeinen ist freilich für das Landrecht die Rezeption der römisch-kanonischen Grundsätze über die Legitimatio per subsequens matrimonium schon weit früher entschieden, und hat zur Folge gehabt, daß sich die rechtliche Stellung der Unehelichen überhaupt verbesserte. Dagegen haben sich im öffentlichen Rechte Spuren der älteren deutschen Anschauung noch weit länger erhalten. In allen denjenigen Verhältnissen, in welchen man völlige Unbescholtenheit als Voraussetzung der vollen Rechtsfähigkeit ansah, trug man nicht nur Bedenken, die letztere den unehelich geborenen zuzugestehen, sondern erkannte auch die Wirksamkeit der Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht an. Mochten auch die Rechtsgelehrten sich von der Anschauung, daß den unehelichen Kindern ein Mangel an der bürgerlichen Ehre anhafte, mehr und mehr entfernen, so hielt man doch in den beteiligten Kreisen an derselben fest. Bereits das angefochtene Erkenntnis hat darauf hingewiesen, daß mindestens noch im 16. und 17. Jahrhundert der Widerstand der Zünfte gegen die Aufnahme der unehelich Geborenen und selbst der durch nachfolgende Ehe Legitimierten fortgedauert hat. Das Vorurteil gegen erstere

hat sogar erst in neuerer Zeit seinen Einfluß auf ihre rechtliche Stellung im Zunftwesen verloren, wie die Nachweisungen bei

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts I § 48 n. 56

ergeben. Für die per subsequens matrimonium Legitimierten nehmen zwar schon die Schriftsteller des 17. Jahrhunderts, wie der vom Kläger angezogene

Carpzow Jurisprudentia forensis P. II const. VI def. XII,

die Zunftfähigkeit in Anspruch, allein noch im Jahre 1731 fand ein Reichsschluß es nötig, die Ausschließung der Legitimierten von den Zünften zu verbieten. Ist dieses Gesetz auch dunkel gefaßt, so geht doch aus seinem Wortlaute hervor, daß man nicht etwa die Unehelichen zu den Ehelichen und den Legitimierten in Gegensatz bringen und zu ihren Gunsten eine Anordnung treffen wollte — denn dann wären die Worte „und (sollen) die auf jetzt besagt einen oder andern Weg legitimirte Manns- und Weibs-Personen wegen Zulassung zu denen Handwerkern einander gleichgeachtet und denenselben nichts mehr in den Weg gelegt werden," überflüssig, ja unverständlich —, sondern es sollte nur die Benachteiligung der Legitimierten beseitigt werden. Weiter darf mit dem landgerichtlichen Urteile darauf Bezug genommen werden, daß noch im 18. Jahrhundert unehelich geborene nicht Assessoren beim Reichskammergericht, nicht Mitglieder des Reichshofrats werden konnten, daß sie in manchen Territorien zur Erwerbung des Richteramts unfähig waren, ja in manchen zu der des Bürgerrechts. In allen diesen Beziehungen wurden aber die durch nachfolgende Ehe Legitimierten nicht den Ehelichen gleichgestellt, sondern fortdauernd als Uneheliche behandelt; vgl.

Wilda a. a. O. S. 298,

Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. II S. 292.

Dieser Widerstand gegen das eindringende fremde Recht ist nun, wie in dem angefochtenen Urteile gleichfalls zutreffend hervorgehoben ist, am zähesten von dem Adel in Bezug auf die Erbfolge in seine Lehngüter fortgesetzt worden, was um so mehr

zu beachten ist, als die Lage der Verteidiger der alten Anschauungen hierbei eine sehr ungünstige war. Denn die Juristen standen in überwiegender Mehrzahl auf dem Standpunkte der römisch-kanonischen Auffassung und sprachen sich für die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder aus. Und da dieselben seit dem 15. und 16. Jahrhundert mehr und mehr in die Gerichte eindrangen, mußte auch in der Rechtsprechung diese Ansicht zur Herrschaft gelangen. Ein Schutz gegen diesen Einfluß der romanistischen Wissenschaft war nur auf dem Wege der Landesgesetzgebung zu erreichen. Von diesem Mittel ist denn aber auch, namentlich in Norddeutschland, vielfach Gebrauch gemacht worden. So wurden in den Braunschweig-Lüneburg'schen Ländern durch eine Konstitution von 1593 die Mantelkinder von der Nachfolge in Lehen ausgeschlossen. Die gleiche Anordnung traf die verbesserte Landeskonstitution des Markgrafen Johann Georg von Brandenburg von 1594, deren Bestimmungen, da sie in der Praxis nicht befolgt wurden, das Patent von 1687 und demnächst die Konstitution von 1724 wiederholte. Nach der Schaumburg'schen Polizei-Ordnung von 1615 sollen Mantelkinder nicht belehnt, sondern von ihren Agnaten mit Geld abgefunden werden. Die Ostpreußischen Landrechte von 1620 und 1685 schlossen die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder von der Erbfolge in Lehen gänzlich aus, ebenso der Pommersche Landtagsabschied von 1633, die Nova Declaratio Kaiser Ferdinand III. zu seiner erneuerten Böhmischen Landesordnung von 1640 und die Magdeburgischen Polizei-Ordnungen von 1652 und 1688. Im 18. Jahrhundert verfolgen den gleichen Zweck die Würtembergische Signatur von 1756, die Schleswig-Holsteinsche Verordnung von 1778 und das Weimar'sche Patent von 1779. Erwägt man außerdem, daß, wie von

Pfeiffer a. a. O. S. 306 ff.

nachgewiesen worden ist, in Kurhessen die Landesherrschaft und die Rechtsprechung von jeher sich der Lehnfolge der Mantelkinder widersetzt haben, und daß in den Ländern des Hauses Hannover-Braunschweig mindestens seit der Mitte des vorigen Jahrhun-

derts die Praxis entschieden gegen die durch nachfolgende Ehe legitimierten ist, vgl.

Dieck a. a. O. S. 121—22,

wahrscheinlich im Anschlusse an die oben erwähnte Konstitution von 1593, so ergiebt sich, daß in dem größten Teile von Norddeutschland der frühere Rechtszustand aufrecht erhalten ist. Daß auch in Chursachsen wenigstens die Stände das gleiche Ziel zu erreichen sich bemüht haben, jedoch schließlich dem Einflusse der Universitäten Wittenberg und Leipzig unterlegen sind, ist bereits im angefochtenen Erkenntnisse dargelegt worden. Ebenda ist auch schon die Auffassung von Dieck, daß die angeführten Landesgesetze das bis dahin bestehende gemeine Gewohnheitsrecht zu Ungunsten der Mantelkinder abgeändert hätten, mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen worden. Wenn jener Schriftsteller sich insbesondere darauf stützt, daß die fraglichen Verordnungen sich meistens als derogatorische bezeichnen, so legt er dieser Redewendung eine Bedeutung bei, welche ihr nicht zukommt. Landesherren und Stände hatten erst dann Anlaß zu gesetzgeberischem Einschreiten, als die Rechtswissenschaft mit Hülfe des Einflusses der Spruchkollegien an den Universitäten und des Eindringens gelehrter Richter in die Gerichte die bisherige Übung in fühlbarer Weise zu beeinträchtigen begann. Damals aber hatte sich bereits die communis opinio im Anschlusse an die Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechtes und in mißverständlicher Auslegung der mehrerwähnten Stelle der Libri feudorum für die Erbfähigkeit der Mantelkinder entschieden. Infolge dessen glaubte man einem auf gesetzlicher Grundlage beruhenden gemeinen Rechtssatze gegenüberzustehen und erklärte, denselben abändern zu wollen, ohne daß daraus geschlossen werden dürfte, die communis opinio sei in den betreffenden Ländern bereits zu thatsächlicher Geltung gelangt gewesen. In ganz ähnlicher Weise wird in einem von

Böhlau, Mecklenb. Landrecht Bd. I S. 117,

angeführten Beispiele einer Reaktion des deutschen Rechtes gegen das siegreiche fremde Recht der Ausdruck „henvör“ gebraucht, obwohl es sich dabei nur um die Aufrechterhaltung des alten

Grundsatzes handelte, daß für die Begründung eines Satzungsrechtes an Grundstücken ein Akt vor Gericht oder vor dem Rate erforderlich sei. Die ganze besprochene Gesetzgebung läßt sich auch nicht anders erklären, als aus einer Auflehnung des deutschen Rechtsbewußtseins gegen die Wissenschaft und das gelehrte Richtertum. Allerdings wird in verschiedenen der angeführten Verordnungen als Grund für den Erlaß derselben die überhand nehmende Unzucht angeführt, allein der Inhalt der Anordnungen selbst ergiebt, daß daneben noch andere Ursachen wirksam wurden. Denn entzogen wird den Mantelkindern — abgesehen von der Magdeburger Polizei-Ordnung von 1652, welche die den Stempel der Willkürlichkeit an sich tragende Bestimmung enthält, daß den durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindern auch von den Erbgütern nicht mehr solle hinterlassen werden dürfen, als dem am wenigsten bedachten ehelichen Kinde — immer nur die Erbfolge in das Lehen, und die Brandenburgische Verordnung von 1594, das Preußische Landrecht von 1620 und das Weimarsche Patent von 1779 heben ausdrücklich hervor, daß ihr Erbrecht in das sonstige Vermögen der Eltern ungeschmälert bei Bestand bleiben solle. Diese eigentümliche Beschränkung ist völlig unverständlich, wenn man nicht annimmt, daß die frühere Anschauung von der Anrüchigkeit und der daraus folgenden Lehnfolgeunfähigkeit der unehelich Geborenen noch in den Kreisen der Ritterschaft maßgebend gewesen ist. Ebensowenig kann diese Gesetzgebung auf ein Bestreben der Landesherren, den Kreis der zur Lehnfolge berechtigten Personen möglichst einzuschränken — an welche außer dem eben besprochenen Beweggrunde allein noch gedacht werden könnte — zurückgeführt werden. Denn in Bezug auf Chursachsen, Pommern und Preußen wird uns berichtet, daß es die Stände gewesen sind, welche den Erlaß der fraglichen Verordnungen betrieben haben, während wenigstens in dem erstgenannten Lande die Kurfürsten sich auf die Seite der Rechtsgelehrten stellten, und man darf vermuten, daß auch anderswo die Verhältnisse ganz ähnliche gewesen sind. Außerdem bezeugen das Hessische Reskript von 1576, vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 307, die böhmische Landesverordnung

von 1640, die Würtembergische Signatur von 1756 und das Weimarische Patent von 1779 ausdrücklich das Bestehen einer die Mantelkinder ausschließenden Gewohnheit der betreffenden Länder.

In Mecklenburg war, wie die Nachweisungen bei

Kämmerer a. a. O. S. 130 ff.

ergeben, die Lehnfolgefähigkeit der per subsequens matrimonium Legitimierten von jeher unter den Schriftstellern bestritten. Die beiden älteren Lehnrechtsentwürfe behandeln diese Frage nicht ausdrücklich, enthalten aber doch gewisse, auf eine den Mantelkindern ungünstige Übung hinweisende Andeutungen. Die jüngeren Entwürfe von Mevius und Mantzel stehen allerdings auf dem entgegengesetzten Standpunkte, es läßt sich aber nicht darthun, daß sie den thatsächlichen Verhältnissen ihrer Zeit entsprechen. Die von Mantzel gebrauchten Ausdrücke

„Die durch bald folgende Ehe echt gewordenen ... sollen aus Gnaden ... zur Succession gelassen werden"

legen übrigens in Verbindung mit seinen Ausführungen in

Selecta Juridica Rostochiensia Fasc. III Spec. V quaestio II

die Vermutung nahe, daß auch er den Mantelkindern nur unter Beschränkungen hat ein Erbrecht an Lehngütern zugestehen wollen.

Über die mecklenburgische Rechtsprechung der älteren Zeit haben wir nur dürftige Nachrichten, welche jedenfalls die Annahme, daß sich im Lande ein die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder anerkennendes Gewohnheitsrecht gebildet habe, nicht rechtfertigen. Das Gutachten von Cothmann,

Consil. Vol. IV Resp. 19 (nr. 58),

beschäftigt sich in der Hauptsache nicht mit dieser Frage, sondern erwähnt dieselbe nur ganz beiläufig, um aus dem Erbrechte der durch nachfolgende Ehe Legitimierten auf dem Wege der Analogie einen ganz anderen Satz zu begründen, und erst aus den von ihm beigefügten Citaten erhellt, daß er ihre Erbansprüche auch für das Gebiet des Lehnrechtes anerkennt.

Das von Mantzel Sel. Jurid. Rost. a. a. O. angeführte Erachten der Juristen-Fakultät zu Rostock, welches den Mantel-

kindern die Lehnfolgefähigkeit zugesteht, hat für Mecklenburg nur eine theoretische Bedeutung, da es einen pommerschen Fall betrifft, ist übrigens insoferne von Interesse, als es ausdrücklich ausspricht, daß eine entgegengesetzte Landesgewohnheit nicht zu beachten sei, und dadurch beweist, mit welcher Rücksichtslosigkeit die Rechtsgelehrten den bestehenden Zuständen entgegentraten. Im Jahre 1762 entschied sich die Fakultät dagegen zu Ungunsten der Mantelkinder, vgl.

Kämmerer a. a. O. S. 133,

und ihrem Beispiele folgte im Jahre 1798 die Fakultät zu Greifswald in einer mecklenburgischen Sache, vgl.

Dieck a. a. O. S. 124.

Dieselbe Ansicht wurde aufrecht erhalten in dem Gutachten der Juristen-Fakultät zu Rostock von 1820, vgl.

Kämmerer a. a. O. S. 135,

und liegt auch dem Erkenntnisse des früheren hiesigen Oberappellationsgerichts von 1840, vgl.

Buchka und Budde Entscheidungen I. S. 99 ff.

zu Grunde. Da seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts Rechtsprüche, welche die entgegengesetzte Meinung befolgen, nicht bekannt sind, so besteht seit nunmehr fast anderthalb Jahrhunderten in Mecklenburg eine die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder von dem Erbrechte an Lehngüter ausschließende ununterbrochene Praxis. Demgemäß ist denn auch bei den Verhandlungen über den Entwurf einer Deklarator-Verordnung, verschiedene Gegenstände des Lehnrechts betreffend, in den Jahren 1856 und 1857 sowohl von der Regierung als auch von den Ständen als feststehend angesehen worden, daß die den Töchtern der Lehnmänner gebührenden Ansprüche nur den ehelichen, nicht auch den legitimierten Töchtern zustehen. Unter diesen Umständen müßte, falls nicht nachgewiesen wäre, daß das gemeine Recht die Mantelkinder von der Lehnfolge ausschließt, noch untersucht werden, ob dies nicht wenigstens durch ein mecklenburgisches Gewohnheitsrecht geschehen sei.

Ist hiernach der vom Kläger erhobene Anspruch nach allgemeinen Rechtsätzen als unbegründet zu verwerfen, so bleibt

nur noch zu prüfen, ob derselbe sich, wie weiter darzuthun versucht worden ist, auf die Dispositio paterna von 1723 stützen läßt. Ausgehend von der Erwägung, daß zu Anfang des vorigen Jahrhunderts Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegend die Meinung vertreten haben, daß den ehelichen Kindern in Bezug auf das Erbrecht an Lehngütern die durch nachfolgende Ehe legitimierten gleichzustellen seien, meinte er, daß unter der Bezeichnung „männliche Descendentes" auch die Mantelkinder zu verstehen und demnach im Sinne des Stifters zur Succession in das Fideikommiß L. zuzulassen seien. Diese Begründung scheitert zunächst schon daran, daß in Beihalt der vorhin geschilderten Rechtsentwickelung in Mecklenburg sich nicht mit Sicherheit feststellen läßt, ob der Urheber der Dispositio wirklich von derselben Rechtsansicht ausgegangen ist, wie der Kläger. Außerdem aber wird hierbei die Tragweite jener Verfügung verkannt. H. W. v. L. wollte, wie aus dem ganzen Inhalte der Urkunde hervorgeht, nicht eine ganz neue Erbfolgeordnung aufstellen, sondern von den allgemeinen Grundsätzen nur insoferne abweichen, als er — abgesehen von der Veräußerungsbeschränkung und ähnlichen, welche die Fideikommißeigenschaft des Gutes zur Folge hatte — bestimmte, daß von mehreren Gleichberechtigten nur der Erstgeborene zur Succession kommen solle. Außer der Anordnung einer Primogenitur enthält daher die erwähnte Dispositio keine besonderen Bestimmungen über die Lehnfolge, so daß in allen übrigen Beziehungen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob der Stifter des Fideikommisses dieselben etwa unrichtig aufgefaßt hat oder nicht.

---

In der Revisionsinstanz wurde dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen [1]). Das Reichsgericht

[1]) Erkenntnis des Reichsgerichts vom 13. Dezember 1884, abgedruckt in den Entsch. des Reichsgerichts Bd. XII S. 239 ff.



hat sich auf Grund einer ausführlichen rechtshistorischen Erörterung der Ansicht derjenigen höchsten Landesgerichte angeschlossen, „welche — zum Teil allerdings aus ungenügenden Gründen — das Lehnfolgerecht der Mantelkinder als die gemeinrechtliche Regel betrachteten und die Ausschließung derselben von der Lehnfolge in Ermangelung einer deshalbigen Bestimmung im Lehnsvertrag nur insoweit anerkannten, als sie in partikularrechtlichen Normen begründet ist. Zu diesen Gerichten gehören die vormaligen Oberappellationsgerichte in Darmstadt (in einem Erkenntnis von 1828) und Oldenburg (einem bei der Juristen-Fakultät Jena eingeholten Erkenntnisse vom 20. April 1842), sowie das vormalige Obertribunal zu Stuttgart (Erkenntnis von 1841 in der Zeitschrift für deutsches Recht, Band 7 S. 331).“

Aus den die Zurückweisung motivierenden Erwägungen ist hervorzuheben:

„Es kommt zunächst in Frage, ob nicht Kläger als unehelich Geborener ungeachtet der eingetretenen Legitimation nach mecklenburgischem Gewohnheitsrecht von der Lehnfolge ausgeschlossen ist. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß jedenfalls ein die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder anerkennendes Gewohnheitsrecht sich im Lande nicht gebildet habe, dagegen unentschieden gelassen, ob, wenn das gemeine Recht dieselben von der Lehnfolge nicht ausschließe, dies nicht wenigstens durch ein mecklenburgisches Gewohnheitsrecht geschehen sei. Das Revisionsgericht erachtet für angemessen, die Entscheidung der Frage, ob ein solches Gewohnheitsrecht sich habe bilden können und sich gebildet habe, gemäß § 528 Abs. 4 der Civil-Prozeßordnung dem Berufungsgerichte zu überlassen. Schon aus diesem Grunde ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurück zu verweisen.“

Diese dem Berufungsgerichte zur Entscheidung vorgelegte Frage hat dasselbe durch Urteil vom 27. April 1885 verneint und demgemäß festgestellt, daß der Kläger der rechtmäßige Lehnsfolger in das Gut L. sei. (Der weitere Inhalt dieses Erkenntnisses ist ohne allgemeines Interesse.)

## Gründe.

Nach der Begründung des reichsgerichtlichen Urteils und in Gemäßheit der Bestimmung § 528 Abs. 2 der C.-Pr.-O. ist bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits davon auszugehen, daß nach gemeinem deutschen Lehnrechte die durch nachfolgende Ehe legitimierten Söhne zur Lehnsfolge berechtigt sind und daß dieser Rechtssatz auch in Mecklenburg Anwendung zu finden hat, soferne nicht das Bestehen einer der gemeinrechtlichen Regel entgegentretenden einheimischen Norm nachzuweisen ist. Die Prüfung dieser Frage führt zu einer Erörterung der für die Entscheidung desselben in Betracht kommenden Hülfsmittel, nämlich der mecklenburgischen Lehnrechts-Entwürfe, der einheimischen Doktrin und Rechtsprechung, sowie der bekannt gewordenen Übungsfälle des fraglichen Rechtssatzes.

Daß in Mecklenburg zur Zeit des Bekanntwerdens und allmählichen Eindringens des Römischen und Kanonischen Rechts der Grundsatz des gleichzeitig Eingang findenden Longobardischen Lehnrechts — II Feud. 26 § 11 „naturales filii, liceat postea fiant legitimi ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur“ bereits in Geltung war, ist unzweifelhaft. Denn derselbe beruhte auf allgemeinem deutschen, durch die Rechtsbücher des Mittelalters bestätigten Herkommen und war für das sächsische Recht, auf welches die älteren mecklenburgischen Lehnsgewohnheiten, soweit sie nicht selbständig sich entwickelt haben, vorzugsweise zurückzuführen sind, in dem lehnrechtlichen Satze — Sächs. Lehnrecht cap. 2 — „Und alle, die unecht geboren sind, und alle, die nicht sind von Rittersart vom Vater und vom Elternvater, dieselben sollen Lehnrechts darben“ — zum speziellen Ausdrucke gelangt. Ob das erst mit dem römischen und kanonischen Rechte in Mecklenburg bekannt werdende und auf den sonstigen Gebieten des Privatrechts allmählich zur Geltung gelangende Rechtsinstitut der Legitimation unehelicher Kinder durch die nachfolgende Ehe bereits während der Dauer des Rezeptionsprozesses, d. i. in dem Zeitraume vom 13. bis 16. Jahrhundert, auch für den Bereich des Lehnrechts die altgermanische Auffassung ernstlich bedrängt habe, kann, da zu-

verlässige geschichtliche Nachrichten hierüber fehlen, mit völliger Sicherheit nicht ermittelt werden. Die Bestimmung der Landes-Polizei-Ordnung vom Jahre 1572 tit. von Erbschaften ꝛc.:

> „So viel die Lehngüter belanget, damit soll es nach dem beschriebenen Lehnrecht und beständige Gewohnheiten unserer Fürstenthumbe gehalten werden,"

welche freilich durch keine spätere Gesetzgebung wieder aufgehoben ist, kann eine entscheidende Bedeutung hier nicht in Anspruch nehmen. Denn es ist bekannt, daß schon seit der Zeit der Glossatoren über die Auslegung des longobardischen Lehnrechtstextes ein fortgesetzter lebhafter Streit bestand, und daß gerade im 16. Jahrhundert die gemeine Theorie und Praxis vorherrschend für die Lehnfolgefähigkeit der per subsequens matrimonium Legitimierten war. Es ist ganz unerweislich und darf nicht angenommen werden, daß durch diese gesetzliche Bestimmung die im Allgemeinen mitbestätigte Stelle des longobardischen Lehnrechts in derjenigen Bedeutung, welche die richtige Auslegung der späteren Doktrin ihr gegeben hat, als eine partikulargesetzliche Norm hat aufgestellt werden sollen. Die Vorschrift der Polizei-Ordnung bezweckt vielmehr nur die gesetzliche Sanktion der derzeit auf gewohnheitsrechtlichem Wege bereits vollzogenen Rezeption des longobardischen Lehnrechts, ohne über die Frage, ob und in welchem Sinne die einzelnen Bestimmungen desselben als geltendes Recht zu betrachten seien, eine Entscheidung zu treffen. Es kann mithin in derselben eine partikuläre, dem Entwickelungsgange der gemeinen Lehnrechtsbildung entgegentretende gesetzliche Schranke nicht gefunden werden, wie auch von Kamptz — Mecklenburgische Rechtssprüche I pag. 11 — ausdrücklich bezeugt, daß die mecklenburgischen Gesetze die Frage der Lehnfolgefähigkeit der Legitimation gänzlich unentschieden ließen. Dagegen sind die beiden ältesten Lehnsprojekte geeignet, in der Meinung zu bestärken, daß in Mecklenburg zu jener Zeit das kanonische Recht die altdeutschen Anschauungen noch nicht überwunden gehabt habe. Die in cap. XV des im Jahre 1583 den Ständen vorgelegten Husan'schen Projekts enthaltene Bestimmung:

„Stirbt der Lehn-Mann und läßt nach sich Eheliche Sohns und Töchter, auf dieselbe fällt sein Erbguth zu gleichen Theilen, aber die Lehngüter nehmen die Sohns zu voraus,"

läßt zwar einen Zweifel aufkommen. Indessen wird man, zumal im nachfolgenden cap. XVI in der das Erbjungfrauenrecht betreffenden Bestimmung:

„Läßt der Lehnmann Keins, Sohns noch Sohnes Sohns, sondern allein ehelich gezeugte Töchter nach sich — —"

ausdrücklich das Erfordernis der ehelichen Zeugung aufgestellt wird, allen Grund zu der Annahme haben, daß Husanus auch in dem cap. XV nur die in der Ehe gezeugten Söhne im Auge gehabt habe. Mit größerer Deutlichkeit stellt der im Jahre 1602 den Ständen zur Beratung übergebene Entwurf Cothmann's für die Lehnfolge das Erfordernis der echten Geburt auf. Es heißt daselbst tit. 1 art. 2:

„Setzen und ordnen demnach, daß alte Stammlehn und feuda ex pacto et providentia geachtet werden sollen, wenn jemand für sich und seine Söhne oder für sich und seine Kinder item für sich und seine descendenten item für sich und seine Söhne und Kinder von ihm oder seinem Leibe ehelich geboren und gezeuget, belehnet worden,

und im tit. 6 art. 1:

Die Lehne werden von dem Vater auf die Söhne, geboren und ungeboren unangesehen, ob sie aus der Ersten, Anderen oder Drithen Ehe gezeuget worden, wie auch ohne Unterschiedt der Neueren oder Alten Stammlehn zu gleichen theil verstammet.

Indessen können diese beiden Lehnrechts-Entwürfe, so großes Ansehen dieselben auch und namentlich der Cothmann'sche Entwurf im Lande genossen haben, doch als ein untrügliches Zeugnis der dermaligen praktischen Behandlung der Streitfrage nicht angesehen werden, da sie ihrem Wesen nach nur legislatorische Vorschläge sind. Bemerkenswert ist einmal, daß der Herzog Friedrich Wilhelm im Jahre 1704 unter speziellem Hinweise auf die in Mecklenburg fortbestehende Gültigkeit des gemeinen Lehnrechts den Advokaten und Prokuratoren die Allegi-

rung des Cothmann'schen Entwurfs ausdrücklich verboten hat, und andererseits, daß der Verfasser dieses Entwurfes der dermalige Professor und spätere Kanzler E. Cothmann in einem bald nach dem Jahre 1609 verfaßten, in Bd. IV pag. 200 nr. 58 der Responsorum Juris et Consultationum ꝛc. mitgeteilten Erachten für die Lehnssuccessionsfähigkeit der Mantelkinder mit Bestimmtheit dahin sich ausgesprochen hat:

> „quem ad modum denique, ut alia jam mittamus, legitimatio per subsequens matrimonium filios naturales filiis legitimis ita connectit, ut et illi fiant legitimi et cum his succedant.

Demnächst hat ein einheimischer Rechtsgelehrter, welcher mehrfache Beiträge über einzelne Teile des vaterländischen Lehnrechts geliefert hat, Lindemann, in seiner 1625 herausgegebenen Schrift, Exercitationes Justinianeae Disp. V th. 15 ebenfalls den Mantelkindern das Lehnfolgerecht zugesprochen, indem er lehrt:

> „Legitimati per subsequens matrimonium — — — pari cum legitime natis jure fruuntur adeo ut etiam, secundum communem Doctorum sententiam in feuda succedant."

Und in einem pommerschen Lehnrechtsfalle hat die Rostocker Juristen-Fakultät im Jahre 1628 den Heinrich Borken zu Gerdeshagen dahin beschieden:

> „daß ewere Söhne, so in concubinatu geboren, aber hernach per subsequens matrimonium legitimiret worden — — nach eweren Absterben zu eweren Lehn-Güthern vor ewere Brüder, unverhindert, zuzulassen und zu verstatten und von sodaner Succession durch einige anziehende widrige Gewohnheit nicht abzutreiben und auszuschließen seien."

Diese in den Selecta Juridica Rostochiensia Fasc. III Specim. V quaest. II abgedruckte Entscheidung ist zufolge ihrer Urheberschaft und bei der Verwandtschaft des pommerschen und mecklenburgischen Lehnrechts auch für das letztere nicht ohne Bedeutung. Ein besonderes Interesse bietet der in den Jahren

1656—1666 ausgearbeitete dritte Lehnrechtsentwurf insoferne, als derselbe von dem früheren Konsulenten der Ritterschaft und damaligen Vizepräsidenten des höchsten Wismarschen Gerichtshofes, Mevius, auf Veranlassung der Stände verfaßt worden ist. Derselbe ist dem Mevius'schen Landrechts-Entwurfe eingefügt und enthält im Th. II tit. V art. 2 die folgende Bestimmung:

„Im Lehn mag niemandt Succediren, den der Ehelicher Geburth ist, dehroselben aber zu sein, wirdt auch der erachtet, so zwar außerhalb Ehestandes gezeuget und gebohren, aber hernach durch dessen Erfolg legitimiret wird. Die aber andergestalt sich legitimiren lassen, kommen nicht zur Succession. Sie werden dann mit Consens des Lehnherrn undt der gesambter Handt Vettern dazu legitimiret."

In dem fast hundertjährigen, zwischen der Ausarbeitung dieses dritten und des vierten Mantzel'schen Lehnsprojekts liegenden Zwischenraum hat, so viel bekannt, in Mecklenburg kein einziger namhafter Rechtsgelehrter für die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder sich ausgesprochen, noch ein richterliches Urteil entschieden. Dagegen haben bewährte einheimische Schriftsteller, ungeachtet sie über die richtige Auslegung des Lehnstextes nicht im Zweifel waren, für die Successionsfähigkeit der Mantelkinder sich erklärt, und zwar Einzelne in spezieller Rücksichtnahme auf das in Mecklenburg geltende Recht, Einzelne unter ausdrücklicher Bezeugung einer bestehenden Praxis. Der Professor Matthias Stein äußert in seiner Disputatio Juridica exhibens dissonantiam juris civilis canonici et moderni im Jahre 1699 sich folgendermaßen:

„Legitimati succedunt quidem in allodialibus — — — non autem jure communi feudali in bonis feudalibus ex veriori Doctorum sententia per textum II. Feud. 26 § naturales — — — Praxis tamen generalis nec in illis bonis successionem denegat, etiamsi feudum sit acceptum vor sich und seine Ehelich gebohrene männliche leibliche Lehnserben, nisi aliud de hoc

singulariter constitutum reperiatur. In ducatu enim Brunvicensi & Magdeburgico non admittuntur et ex novissima Constitutione Electoris Brandenburgici etiam in Marchia non amplius in feudo succedunt. Idem singulare etiam in Provincia Electorali Borussia obtinet.“

Im Jahre 1700 nimmt Casp. Matth. Müller in seiner das mecklenburgische Erbjungfrauenrecht behandelnden akademischen Streitschrift Dissertatio Juridica de Virg. nob. Mecklenb. cap. 8 Gelegenheit, die Frage der Lehnfolgefähigkeit der Legitimierten zu besprechen. Er beantwortet dieselbe zu ihren Gunsten und fährt dann fort:

„idem ergo nunc de Virgine nobili Mecklenburgica asserere non dubito, ut legitimata etiam per subsequens matrimonium privilegio ceterarum Virginum Nobilium gaudeat, quamvis in quibusdam locis — — non succedant in feudis legitimati, quod et novissima Constitutione Marchia receptum quale statutum aut consuetudinem valere docet Rosenthal. Sed cum de tali speciali Constitutione aut consuetudine mihi non constet, inhaerere volui jure communi, utpote pro cujus observantia tamdiu praesumitur, donec contrarium probetur.“

In dem im Jahre 1708 erschienenen größeren mecklenburgischen lehnrechtlichen Werke Petri Tornovii Consiliarii Ducis Mecklenb. atque Consulis Güstroviensis Tractatus de Feudis Mecklenburgicis eorumque jure, Repetitus non solum ex principiis Juris Longobardici sed et Juris Domestici et Statutarii pag. 215 und 298 werden die per rescriptum Principis, nicht aber die per subsequens matrimonium legitimati für successionsunfähig erklärt, und Engelbrecht in seiner 1713 erschienenen Schrift de Singularibus Feudorum Mecklenburgicorum juribus pflichtet daselbst Sect. II Th. XXIII der Ansicht Müller's und Tornow's bei. Eine besondere Beachtung verdient das im Druck nicht erschienene, im 2. Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts ausgearbeitete umfängliche Werk

Klein's, Tractatus feudalis de praecipuis differentiis juris feudalis communis a Mecklenburgico. Der Verfasser war langjähriger Kanzler der Lehnkammer und wird in einem von der Rostocker Juristen-Fakultät der Regierung im Jahre 1856 abgegebenen Erachten als der genaueste Kenner des Lehnrechts seiner Zeit bezeichnet. Eschenbach, welcher in seiner Einleitung zu einem Handbuche des mecklenburgischen Lehnrechts II p. 13 über das Werk ein weniger günstiges Urteil gefällt hat, erkennt in seinem handschriftlichen, das mecklenburgische Lehnrecht enthaltenden Auszuge aus diesem Werke an, daß dasselbe aus dem doppelten Grunde, weil der Verfasser nicht bloß als Gelehrter, sondern als ein Mann, der Zugang zum Lehnsarchive hatte und mit theoretischen Kenntnissen die praktische Erfahrung verband, beachtlich sei. Der Verfasser beruft in seinem Werke mehrfach sich darauf, daß er die Archive durchforscht habe, und seine Beachtung der mecklenburgischen Lehnsgewohnheiten bekundet er durch seine Ausführungen in der Dissertatio I Praeliminaria de historia juris feudalis Mecklenburgici, woselbst darauf hingewiesen wird, daß in mecklenburgischen Lehnssachen allemal zuerst auf die einheimischen Lehnsgewohnheiten, welche übrigens in ihrer Mehrzahl durch die Reversalen und die Resolutiones ad gravamina bestätigt seien, Rücksicht zu nehmen sei. In diesem Werke heißt es in der Diss. VIII de successione feudali, tam testamentaria cap. 4 Anm. c:

> „Hic in Megalopoli hucusque sequimur in Germania generaliter acceptam sententiam, taliter legitimatos etiam cum aliis legitime postea natis aequaliter ad feudi legitimam successionem admittentem."

Der demnächst im Jahre 1757 den Ständen vorgelegte, von dem Professor Mantzel herrührende vierte Lehnrechts-Entwurf enthält im tit. 7 § 15 S. 42 die Bestimmung:

> „Allerlei Arten unrichtig gezeugte Agnaten gehen gänzlich ab: nur was die durch bald folgende Ehe ächt gewordene betrifft, so sollen aus Gnaden dieselben, wenn die geschwächte und nunmehr copulirte Persohn nicht ganz nie-

verträchtigen und unwürdigen Standes, zur Succession gelassen werden.

Die Beschränkungen, unter welchen hiernach das Successionsrecht der Mantelkinder anscheinend nur hat zugestanden werden sollen, sind, zumal wenn die Bemerkungen Mantzel's zu der in den Select. Jurid. Rost. von ihm mitgeteilten Entscheidung der Rostocker Juristen-Fakultät vom Jahre 1628 zur Erläuterung herangezogen werden, immerhin derartige, daß die Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder auch von dem neuesten und letzten Lehnsprojekte als im Prinzipe anerkannt angenommen werden muß. Zu diesem Projekte sind Seitens des Rostocker Bürgermeisters und früheren Landsyndikus Balecke, des Landrats von Gentzkow, des Klosterhauptmanns von Pressentin und des Landsyndikus Tabdel eine größere Anzahl von monita gestellt worden. Zu der vorgenannten Bestimmung findet sich indessen nur eine an das Wort „unwürdige" anknüpfende Erinnerung Balecke's, welche lautet:

„Es thut sonsten bei landsässigen Lehnen die Ungleichheit des Standes nichts, und wird es dahero darauf beruhen, ob man allhier in Mecklenburg etwas Besonderes festsetzen wolle."

Derselbe Balecke nimmt in seiner 1762 erschienenen Schrift, „Gründliche Abhandlung von dem Mecklenburgischen Erbjungfrauenrechte," Veranlassung, von der Lehnsfolgefähigkeit der Legitimierten zu handeln, und urteilt darüber wie folgt:

„Nach der Theorie ist m. E. die verneinende Meinung aus den Worten des Lehnrechts II Feud. 26 § nat. offenbar. Inmittelst ist nicht zu leugnen, daß wegen unrichtiger Anwendung der Römischen und Canonischen Lehrsätze in Praxi denen Mantelkindern auch in Absicht der Agnaten gleiche Rechte mit den ächt geborenen zugeeignet werden."

In demselben Jahre 1762 hat freilich die Juristen-Fakultät zu Rostock in einem braunschweigischen Rechtsfalle (welcher nach der Verordnung des Herzogs Henrich Julius zu Braunschweig-Lüneburg de 1593 nicht zu entscheiden war) ein von der Han-

noverschen Justiz-Kanzlei erlassenes, den Mantelkindern die Lehnfolgefähigkeit absprechendes Erkenntnis bestätigt, indessen wird in den bei Struben Rechtliche Bedenken III p. 199 ff. mitgeteilten Gründen zugestanden, daß ex usuali interpretatione istius textus nec non Germaniae consuetudine die Succession bei feudis mediatis mainteniert zu werden pflege, und wird ausgeführt, daß, wenn in den Gerichten aus blinder Nachfolgung solche opinio erronea attendieret worden, doch daraus bei der Klarheit des Lehnstextes nichts Widriges gefolgert werden könne. Auch Trendelenburg spricht in seiner 1772 gedruckten Dissertatio de arboribus in feudo a feminis fructuariis non cedendis den Manteltöchtern auf Grund der entgegenstehenden altdeutschen Institutionen das Erbjungfernrecht ab. Hingegen hat noch im Jahre 1775 Carl Heinrich Möller summi Regii Tribunalis quod Wismariae est quondam assessor meritissimus in seinem von Balecke und dem Professor Woltaer herausgegebenen und mit Anmerkungen versehenen größeren lehnrechtlichen Werke, Primae Lineae usus practici Distinctionum feudalium, nachdem er cap. XV Dist. II zu seinem Teile der Ansicht derer beigetreten ist, welche auf Grund II Feud. 26 alle Legitimierten von der Lehnfolge für ausgeschlossen erachten, bezeugt:

> „Quicquid tamen hujus rei sit, in feudis Imperii legitimatorum per subsequens matrimonium admittitur successio. Quantum ad feuda provincialia attinet, statuta loci sunt attendenda. Sic in Ducatu Brunsvicensi pp. Deficiente vero tali statuto ex communi Doctorum errore successio illis denegari nequit. Ratione feudorum nostrorum Megalopolitanorum nihil singulariter constitutum, ergo secundum jus commune circa illa est pronuntiandum."

Auch Lange in seiner im Jahre 1781 edierten Einleitung in die bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit bemerkt in Bd. I pag. 112, nachdem er ibid. pag. XIII verheißen hat, die Abweichungen des meckl. Rechts vom gemeinen Recht in allen Fällen ausdrücklich erwähnen zu wollen, daß die per subsequens

matrimonium legitimati selbst in Lehngütern, so lange nicht besondere Gesetze und Gewohnheit — und deren erwähnt er für Mecklenburg nicht — ein Anderes eingeführt sei, ihren Vätern succedierten. Freilich ist er der letzte der einheimischen Schriftsteller, welcher den Mantelkindern das Wort geredet hat. Im Jahre 1793 hat Weber die Successionsfähigkeit derselben in seiner speziell dieser Frage gewidmeten, in den Annalen der Rostocker Akademie IV p. 233 als zutreffend gebilligten Abhandlung, an et quatenus Legitimatus succedat in feudis, verneint. Hervorzuheben ist indessen, daß seine Darlegungen auf dem Boden des gemeinen Rechts sich bewegen und daß hinsichtlich des einheimischen Rechts er sich folgendermaßen äußert:

> „Liceat quaedam adhuc proferre de feudis nostris Megalapolitanis. Ratione eorum nil singulare de successione legitimatorum in jure patrio inveni.“

Auch ist ein in dem Jahre 1797 von der Herzoglichen Lehnkammer publiziertes, von der Juristen-Fakultät zu Greifswald gesprochenes Urteil bekannt, welches den legitimierten Sohn des wailand Hauptmann von Bülow zur Herausgabe des lehnbaren Anteils an dem Gute Steinhagen verurteilt, falls derselbe nicht eine eintretende vorteilhafte Observanz in Ansehung der Lehnssuccession der durch die Ehe Legitimierten zu bescheinigen vermöchte — siehe von Kamptz's Mecklb. Rechtssprüche I pag. 12 —. Nach den im Geheimen und Haupt-Archiv vorliegenden Gründen ist die Entscheidung auf II Feud. 26 § 11, deren deutliche Vorschrift durch die entgegenstehenden Ansichten mecklenburgischer Schriftsteller und die gelegentlich geäußerte andere Meinung der Reichsgerichte nicht beseitigt werden könne, gestützt. Indessen ist gegen dies Urteil von dem Beklagten das Rechtsmittel der Appellation eingelegt worden. Wenn nun zwar eine zweite Entscheidung nicht erlassen ist, vielmehr nach dem Archivberichte [17] p. 22 vermutlich ein Vergleich zu Stande gekommen ist, so steht doch fest, daß am 30. September 1806 der Legitimatus den Lehneid wegen des lehnbaren Anteils des auf ihn vererbten Gutes Steinhagen geleistet hat, ohne daß er genötigt worden wäre, einen neuen Lehnbrief zu nehmen, daß mithin in

diesem Falle der Legitimierte im Besitze des Lehns sich behauptet hat. Das demnächst im Jahre 1822 ergangene Urteil der Justiz-Kanzlei zu Rostock — siehe Kämmerer Beiträge ꝛc. pag. 21 Note 32 — schließt die per rescriptum Principis Legitimierten und die Brautkinder von der Lehnfolge aus, erwähnt der per subsequens matrimonium Legitimierten aber nicht. Im Jahre 1823 hat sodann der in Mecklenburg als lehnrechtliche Autorität angesehene Professor Eschenbach in seiner Einleitung zu einem Handbuche des Mecklenburgischen Lehnrechts, Abschn. X § 14 — siehe Rost. Beilagen de 1823, 28. Stück — gegen die Mantelkinder sich entschieden, indem er, unter der Hervorhebung freilich, daß die Verschiedenheit der Ansichten der gemeinrechtlichen Feudisten auch auf die mecklenburgischen Schriftsteller sich fortgepflanzt habe, darlegt, daß das longobardische Lehnrecht, welches alle Legitimierten von der Succession ausschließe, durch unsere Landesgesetze nicht aufgehoben sei. In der im Jahre 1836 erschienenen Schrift Kämmerer's, Beiträge zur Lehre von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge, wird in eingehender Weise unter Erörterung der einheimischen wie der ausländischen Hülfsmittel der Nachweis zu führen gesucht, daß das gemeine Lehnrecht die Mantelkinder von der Succession ausschließe und daß ein diesem gemeinrechtlichen Satze derogierendes einheimisches Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar sei. Es folgt die im Jahre 1840 erlassene, die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder verwerfende Entscheidung des vormaligen Oberappellationsgerichts, welche ebenfalls auf dem gemeinen Lehnrecht beruht und zu dem Schlusse gelangt, daß in Mecklenburg die Unfähigkeit der Legitimierten zur Lehnsfolge fortwährend als das bestehende Recht betrachtet werden müsse, weil es unerweislich sei, daß die römische und kanonische Legitimation in Mecklenburg bei der Lehnsfolge das longobardische Lehnrecht verdrängt hätte. Auch die in den Jahren 1856 und 1857 den Ständen vorgelegten Entwürfe einer Deklaratorverordnung, verschiedene Gegenstände des Lehnrechts betreffend, können insoferne herangezogen werden, als die Regierung nach den Motiven nur das in Mecklenburg geltende

Recht zu kodifizieren beabsichtigte und als solches — „weil alle Ansprüche der Nachkommen der Lehnmänner an das Lehn auf die eheliche Geburt derselben sich gründen — die Beschränkung des Rechts auf Abfindung aus dem Lehen auf die in der Ehe geborenen Töchter ansah. Denn die ausdrückliche Weigerung der Stände anzuerkennen, daß die Regierungsvorlage das bestehende Recht enthalte, wird auf den vorberegten Rechtssatz schwerlich zu beziehen sein. Endlich hat auch Roth, der neueste mecklenburgische Lehnrechtslehrer, in seinem 1858 erschienenen Lehrbuche im engen Anschlusse an die Ausführungen Kämmerer's die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder verneint.

Überblickt man die vorstehend zusammengestellten Zeugnisse, so ergiebt sich eine unverkennbare Übereinstimmung in dem Entwickelungsgange, welchen die Frage nach der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge seit Einführung der fremden Hülfsrechte in Deutschland in der mecklenburgischen Theorie und Praxis und in derjenigen des gemeinen deutschen Lehnrechts genommen hat. Während derselben Zeit, in welcher dort in dem Konflikte, in welchen Doktrin und Rechtsprechung mit dem Buchstaben des Lehnrechts traten, die humanistische Auffassung zu Gunsten der Mantelkinder überwog, entschieden auch mecklenburger Gelehrte und Praktiker sich für dieselben, und als die gemeinrechtlichen Feudisten der richtigen Auslegung des Textes und der Annahme der verbindenden Kraft desselben sich wieder zuwandten, kehrte auch die einheimische Jurisprudenz zu der richtigen Erklärung und strengen Befolgung desselben zurück. Unter den zahlreichen aufgeführten Schriftstellern, zu welchen auch Praktiker gehören, die zum Teil an hervorragender Stelle zum Teil in engerer Berührung mit der Ritterschaft des Landes gestanden haben, findet sich nicht ein Einziger, welcher die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder als eine nach mecklenburgischem Partikularrechte zu beurteilende Frage behandelt hätte. Alle tragen das gemeine Recht als das in Mecklenburg geltende Recht vor, und zwar Einzelne unter der speziellen Hervorhebung, daß in Mecklenburg besonderes Recht für diese Frage nicht normiere. Und als schon die richtige Interpretation des longobar-

dischen Gesetzes sich Bahn zu brechen anfing, wurde auch in Mecklenburg im Anschlusse an gemeines Gewohnheitsrecht und generelle Praxis zunächst die gemeine Lehre noch aufrecht erhalten. Die wenigen bekannten gerichtlichen Entscheidungen — und daß deren nur wenige ergangen sind, findet in der Erwägung, daß die Konkurrenz von Mantelkindern bei der Lehnfolge immerhin zu den Ausnahmen gehört, seine Erklärung — gründen sich sämtlich auf das gemeine Recht. Das erste den einheimischen Mantelkindern ungünstige, im Jahre 1797 von der Juristen-Fakultät zu Greifswald erlassene Erkenntnis ist, wie bereits bemerkt, nicht in Rechtskraft übergegangen und hat nicht den Ausschluß des legitimatus vom Lehen zur Folge gehabt. Die einzige bekannte von einem mecklenburgischen Gerichte in einer mecklenburgischen Rechtssache über die Streitfrage erlassene Entscheidung, diejenige des vormaligen Oberappellationsgerichts aus dem Jahre 1840, nimmt in ihrer Begründung den Ausgangspunkt, daß nicht mit Grund behauptet werden könne, es sei die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder durch eine völlig übereinstimmende Theorie und Praxis für ganz Deutschland dergestalt zu einem gemeinen Rechte geworden, daß dasselbe ohne Weiteres in jedem deutschen Lande, in welchem nicht ein Abkommen seiner Befolgung sich nachweisen lasse, zur Anwendung gebracht werden könnte. Die Argumentation gerade dieser Entscheidung, welche bis zum Erlasse des reichsgerichtlichen Erkenntnisses in hiesigen Landen eine unbestrittene Autorität behauptet hat, hat das Reichsgericht verworfen, indem es feststellt, daß umgekehrt davon auszugehen sei, daß das Lehnfolgerecht der Mantelkinder als die gemeinrechtliche Regel zu betrachten und die Ausschließung derselben von der Lehnfolge nur insoweit anzuerkennen sei, als sie in partikularrechtlichen Normen begründet sei. Der Nachweis aber, daß in Mecklenburg der altdeutsche Grundsatz der Successionsunfähigkeit der Mantelkinder als eine selbständige einheimische Rechtsnorm sich erhalten habe, kann, wie gezeigt, durch die Hülfsmittel der vaterländischen Doktrin und Praxis nicht erbracht, vielmehr muß zugegeben werden, daß beide zum Belege dafür dienen, daß in Mecklenburg durchgehend

für diese Frage nur das gemeine Recht in Anwendung gekommen ist.

Es kann mithin nur darum sich noch handeln, ob durch anderweitige Erkenntnismittel eine aus gemeinsamer Rechtsüberzeugung der Beteiligten hervorgegangene zu der gemeinrechtlichen Regel in erkennbaren Gegensatz tretende thatsächliche Übung der Beteiligten konstatiert, insbesondere, ob nachgewiesen werden könne, daß unter dem Einflusse der in der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts zu den alten Rechtsgrundsätzen zurückkehrenden und in diesem Jahrhundert ausnahmslos dieselbe vertretenden Lehre der einheimischen Schriftsteller und der in diesem Zeitraume ergangenen Erkenntnisse ohne Rücksicht auf die wissenschaftliche Begründung derselben der altdeutsche Rechtssatz als ein partikuläres Gewohnheitsrecht wieder in Kraft getreten sei? Indessen auch diese Frage muß verneint werden. An erster Stelle verdient hier Erwähnung ein Zeugnis der Landes-Regierung, welche im Jahre 1832 dem Professor Kämmerer zu Rostock auf dessen bezügliche Bitte reskribierte,

> daß ein Attest über bisher nicht geschehene Zulassung legitimierter Söhne zur Lehns-Succession, wie ihr solches erbittet, sich nicht füglich ertheilen läßt, weil das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein früher etwa vorgekommener Fälle mit Sicherheit nicht zu ermitteln ist.

Die negative Bedeutung dieses Zeugnisses wird nicht wesentlich dadurch beeinträchtigt, daß die Strelitz'sche Lehnskammer demselben Professor Kämmerer im Jahre 1835 eröffnete:

> wie bei unserer Lehnkammer hierselbst kein Fall vorgekommen ist:
>
> 1. daß durch Ehe legitimierte Kinder jemals eo ipso zur Lehns-Succession zugelassen, oder durch Urtheil und Recht für lehnssuccessionsfähig erklärt worden; oder
> 2. daß in neuerer Zeit ein ursprünglich nur auf die ehelichen Leibes-Lehns-Erben lautender Lehn-Brief auf nachgewiesenen Consens der Agnaten oder sonst

landesherrlich auch auf durch Ehe legitimirte Kinder erweitert worden sei.

Eher können diejenigen einzelnen Fälle in Betracht kommen, welche seitens der Großherzoglich Landes-Regierung in dem Reskripte vom 19. Januar 1885 mitgeteilt und zum Teil in dem Berichte des Geheimen und Haupt-Archivs näher besprochen sind. Dieselben, soweit sie auf die Legitimation per subsequens matrimonium sich beziehen, sind die nachfolgenden:

a. Im Jahre 1835 ist dem per subsequens matrimonium legitimierten ältesten Sohne des Prokurators Jahn das Successionsrecht in das väterliche Lehngut Langhagen durch einen Gnadenakt Serenissimi erteilt worden;

b. im Jahre 1840 ist der durch nachfolgende Ehe legitimierte Sohn des Gutsbesitzers Koenemann auf Tangrim unter Zustimmung der Agnaten gegen Erlegung von $^1/_2$ % des Kaufpreises nachträglich in das konsentierte Lehn dergestalt aufgenommen, daß er und seine lehnsfähige männliche Descendenz in der Succession den Agnaten vorgehen sollte;

c. im Jahre 1856 ist das Gesuch des Gutsbesitzers Pentz auf Volsrade, seinen durch nachfolgende Ehe legitimierten Sohn Hugo, soweit das Lehngut Volsrade zur Frage stehe, seinen wirklichen männlichen ehelichen Leibeserben gleichzustellen und durch ein huldreiches Reskript denselben für successionsfähig erklären zu wollen, zurückgewiesen. In der Begründung des dieses Gesuch ablehnenden, auch im Jahre 1866, nachdem dem Imploranten nachträglich zwei eheliche Söhne geboren waren, noch aufrecht erhaltenen Reskripte heißt es:

„Denn es sind die durch die nachfolgende Ehe legitimierten Söhne nach richtiger auch jüngst in einem Erkenntniß des Oberappellationsgerichts ausgesprochenen Ansicht nicht für lehnsfolgefähig zu halten;"

d. im Jahre 1862 wurde dem Joh. Heinrich Wolter zu Niendorf auf einen Antrag desselben erwidert, daß, da er als durch nachfolgende Ehe legitimierter Sohn nicht

die Fähigkeit habe, in das fragliche (Lehns=) Gehöft zu succedieren, seinem Antrage nicht zu willfahren stehe;

e. im Jahre 1867 wurde das Lehngut Garlitz dem durch nachfolgende Ehe legitimierten Carl August von Laffert von seinem Vater käuflich überlassen und dieser Verkauf ganz wie ein Verkauf an einen Extraneum behandelt.

Auch ist zu erwähnen, daß in dem Jahre 1819 von dem damaligen Regierungsbotenmeister, späteren Ministerialrat Boccius ausgearbeiteten Kommentar zur Gebührentaxe es heißt:

Gesetzlich können nur Agnaten bis zum 4. Grade inclusive der Seitenlinie außer der eigenen, von selbst succedirenden Descendenz in die Investitur aufgenommen werden." — — — Als nicht reversalmäßig sind mithin zu betrachten und können nur mittelst einer Clausel recipirt werden: 1 — — 2 — — 3 — — 4 legitimierte Söhne a. per Rescriptum Principis, b. per subsequens matrimonium — 5, 6, 7, 8, 9, 10 — — —. Alle von 1 bis 10 benannte Personen sind der Strenge nach ganz unzuläſſig und verdanken nur der Gnade Serenissimi ihre Reception. Da ihre Zulassung eigentlich die Conferirung des sonst apert gewordenen Lehns involvirt, so müssen sie, wenn sie zur Succession kommen, in der Regel einen neuen Lehnbrief nehmen und dafür die häufig in diesem Falle gemindert werdenden Praestanda erlegen."

Diese letztere Darlegung kann an und für sich, allein betreffend die per subsequens matrimonium Legitimierten, eine maßgebende Bedeutung nicht in Anspruch nehmen. Die mitgeteilten einzelnen Fälle aber vermögen ihrer Beschaffenheit nach eine so geartete Rechtsüberzeugung, wie sie zur Begründung des hier nachzuweisenden Gewohnheitsrechtes erfordert werden muß, nicht zu dokumentieren. Abgesehen davon, daß nicht vorliegt, welche Bestimmungen die ursprünglich erteilten Lehnbriefe in Ansehung der Lehnsfolge enthalten haben, wird nicht genügend erkennbar, daß der Bestimmungsgrund für die Rechtsausübung der Beteiligten in einer von der gemeinrechtlich geltenden Regel

unabhängigen Rechtsauffassung zu finden sei. In dem einzigen Falle, in welchem lehnsherrlich einem Legitimierten — dem Sohne des Pentz-Volsrade — endgültig die Lehnfolge versagt worden ist, beruht die Entscheidung, wie die Bezugnahme auf das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts vom Jahre 1840 anzeigt, auf einer — nach der nunmehr maßgebenden Feststellung des Reichsgerichts — irrigen Anwendung des Gemeinen Rechts. Darnach kann dieser Fall für die Erkenntnis des nachzuweisenden einheimischen Gewohnheitsrechts nicht nur nicht herangezogen werden, sondern er schwächt auch die Bedeutung der sonstigen Fälle, in welchen die Lehnfolge der Legitimierten gegen Entgelt zugelassen ist, ab. Jedenfalls können dieselben, da sie deutliche Merkmale der Übung einer selbständigen partikulären Rechtsüberzeugung nicht an sich tragen, für sich allein als vollgültige Zeugnisse eines bestehenden einheimischen Gewohnheitsrechts nicht gelten, und sollte auch, was immerhin zugestanden werden kann, in denjenigen engeren Kreisen der Lehnsbesitzer, bei welchen die Erinnerung an die Rechte und Gewohnheiten der Vorfahren lebendiger sich erhalten hat, und bei welchen noch heute der Lehnsbesitz als ein Mittel, die Familie im Mannesstamme in Flor zu erhalten, angesehen wird, die Ansicht von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge als eine volkstümliche festgehalten worden sein, so reicht doch das Alles zum Nachweise einer im Gegensatze zu der gemeinrechtlichen Regel in Mecklenburg bestehenden, Alle verbindenden, gewohnheitsrechtlichen Norm nicht aus.

Es muß daher die Klage, soweit sie die Lehnsfolgeberechtigung des Klägers in das Gut L. zum Gegenstande hat, für an sich begründet erachtet werden.

---

## 2. Der Curator hereditatis jacentis ist zur Aufnahme von Rechtsstreiten über die gegen die Erbschaft geltend gemachten Ansprüche befugt. Hi. 37/1883.

Erkenntnis des Oberlandesgerichts vom 6. Juli 1883.

Die Entscheidungsgründe verweisen auf den Aufsatz von H. Marten im 9. Bande des Archivs für praktische Rechtswissenschaft Nr. XII Seite 361 ff., Wetzell, Civilprozeß, 3. Auflage § 11 Seite 87 nr. 5, das Urteil des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 24. März 1868, Kierulff Sammlung 1868 Seite 190, auch abgedruckt in Seuffert's Archiv, Band 27 nr. 39. Auch in der einheimischen Rechtsprechung sei anerkannt, daß die custodia rerum, auf welche die curatores bonorum, und so auch der curator hereditatis jacentis beschränkt sind, die Pflicht und also auch die Legitimation zur prozessualischen Verteidigung enthält, vgl. auch Entscheidungen des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Rostock, Band 6 nr. 71, besonders Seite 273 sub 4.

---

## 3. Einrede der Rechtshängigkeit. Wi. 32/1882.

Die Wassermühle zu A., welche der Müller B. seit dem 1. September 1879 in Pacht hatte, war am 12. August 1880 in Stillstand geraten, weil die Welle den Dienst versagte. Bei Auflösung des Pachtverhältnisses am 30. April 1881 war die erforderliche Reparatur noch nicht beschafft. Der Pächter klagte deshalb gegen den Verpächter auf Ersatz des zu 9800 ℳ berechneten Schadens, welchen er durch den Stillstand der Mühle während des angegebenen Zeitraums erlitten haben wollte. Der Verpächter sei seiner kontraktlich übernommenen Verbindlichkeit, ihm die Mühle neu hergestellt in tadellosem Zustande zu überliefern, rücksichtlich der Welle nicht nachgekommen, denn diese sei beim Durchbau der Mühle im Jahre 1878 bereits abgängig gewesen, aber keineswegs durch eine neue ersetzt, sondern lediglich mit eisernen Keilen versehen und dann, abgeschabt und geputzt, mit den alten Zapfen dem Werke wieder eingefügt. Bei der Tradition sei die Welle mit Schlamm und Mehlstaub bedeckt gewesen, deren mangelhafte Beschaffenheit mithin nicht ersichtlich geworden; es könne ihm deshalb nicht präjudizieren, daß er die Mühle als moniturfrei angenommen und erst nach dem 12. August 1880,

als bei Revision der Mühle sich herausstellte, daß die Unbrauchbarkeit der Welle Ursache der eingetretenen Stockung sei, sofort, wiewohl erfolglos, die Einsetzung einer neuen Welle begehrt hätte. Im Übrigen giebt der Kläger zu, daß der Pachtvertrag ihm die Pflicht auferlegte, alle während der Dauer des Pachtverhältnisses nötig werdenden Reparaturen, zu denen der Verpächter nur das Material an Holz und Steinen, mit Ausnahme von Kammholz und Brettern zu liefern hatte, auf eigene Kosten auszuführen, allein er macht eventuell zur Begründung seines Anspruchs geltend, daß Beklagter sich auch geweigert habe, das Holz zu einer von ihm demnächst einzusetzenden Welle anzuweisen, ja, er habe sogar angeordnet, daß das Mühlwerk in dem ungangfertigen Zustande liegen bleiben solle.

Der Beklagte hat der so begründeten Klage unter Ablehnung der Verhandlung zur Hauptsache lediglich die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt und sich dabei auf folgende streitlose Thatsachen berufen.

Im Jahre 1880 hat der jetzige Beklagte seinen Prozeßgegner vor dem Amtsgerichte P. belangt, indem er dessen Verurteilung dahin, daß er die schadhafte Wasserwelle in der Mühle sofort in gangbaren Zustand wieder herzustellen oder durch eine neue zu ersetzen, eventuell die Summe von vorläufig 120 ℳ zur Ausführung dieser Reparatur durch den Kläger zu zahlen hätte, beantragte. Die von dem damaligen Beklagten vorgeschützte Einrede, daß er diese Reparatur nicht zu beschaffen hätte, wurde durch Zwischenurteil vom 15. November 1880 verworfen und die dawider eingelegte Berufung durch Urteil vom 10. Februar 1881 für unzulässig erklärt. Im weiteren Verlauf dieses Rechtsstreits erging am 13. April 1881 ein erstinstanzliches Enderkenntnis, welches die Verurteilung des damaligen Beklagten, jetzigen Klägers,

> die schadhafte Wasserwelle in der A — — — Mühle sofort, event. durch Einsetzung einer neuen an Stelle der alten in gangbaren Zustand wieder herzustellen,

davon abhängig machte, daß der damalige Kläger, jetzige Beklagte, schwöre,

> daß die Thatsachen, wonach er den Beklagten durch Entlassung der von diesem zum Zwecke der Mühlenwellenreparatur angenommenen Werkleute an Erfüllung dieser seiner kontraktlichen Pflicht gehindert haben soll,
>
> und
>
> wonach er trotz bezüglicher Aufforderung des Beklagten in der zweiten Hälfte des August v. J. die ihm obliegende Lieferung des erforderlichen Materials zu der vorgedachten Reparatur verweigert haben soll, unwahr sind.

Die hiergegen von dem jetzigen Kläger eingelegte Berufung ist noch unentschieden. In dem Verhandlungstermine vom 24. April 1882 [22] II ist auf Antrag der Parteien der Beschluß verkündet, daß der Rechtsstreit

ruhen soll, bis einer der streitenden Teile von Neuem laden läßt. Eine solche Ladung ist bisher nicht erfolgt.

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage auf Grund der prozeßhindernden Einrede ab. Das Oberlandesgericht hob diese Entscheidung durch Urteil vom 24. September 1883 auf und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung an das Vorgericht zurück.

### Gründe.

1. Kläger hat zur Begründung seiner Berufung zunächst geltend gemacht, daß er seine Klage nicht nur auf ein kontraktwidriges Verhalten des Gegners, nämlich auf die mangelhafte Herstellung der Mühlenwelle, sondern auch auf dessen Kenntnis dieses Umstandes zur Zeit der Übergabe der Mühle, mithin auf dessen bösen Glauben, gestützt habe. Allein der Umstand, daß der Verpächter wissentlich und absichtlich seine kontraktliche Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, bedingt seine schon aus der Nichterfüllung folgende Verpflichtung zur Entschädigung des Pächters nicht, ist vielmehr nur von Bedeutung als Replik gegenüber der vorgeschützten Einrede, Kläger habe durch stillschweigende Annahme der Mühle auf diese Geltendmachung des fraglichen Mangels verzichtet. Gehört mithin der behauptete böse Glaube des Beklagten überhaupt nicht zum Klaggrund, so ist damit auch die obige Ausführung des Klägers unerheblich für die allein interessirende Frage: ob gegenüber der jetzigen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit begründet ist.

Weiter hat Kläger sich darauf berufen, daß er noch andere Klaggründe vorgeschützt habe, welche keinenfalls von der Einrede der Rechtshängigkeit getroffen werden könnten, daß nämlich Beklagter sich geweigert habe, seiner Verpflichtung aus § 4 des Pachtkontraktes, dem Kläger zu den von diesem vorzunehmenden Reparaturen Holz und Steine zu liefern, zu genügen, und sogar dem Kläger die Wiederherstellung der Mühlenwelle verboten habe. Allein diese Klagbegründung ist nach der ausdrücklichen Erklärung des Klägers nur eine eventuelle, nämlich für den Fall, daß nicht den Beklagten, sondern den Kläger die Reparaturpflicht träfe, gegebene. Kläger will also, daß über diesen zweiten Klaggrund erst entschieden wird, wenn feststeht, daß er mit dem ersten nicht durchdringen kann. Mit dieser seiner

eigenen Intention tritt er aber in Widerspruch, wenn er jetzt beansprucht, daß zwecks Beseitigung der Einrede der Rechtshängigkeit von dem ersten Klaggrunde gänzlich abgesehen und über die Einrede nur nach Maßgabe der zweiten entschieden werde. Es ist mithin auch diese Ausführung nicht geeignet, die Berufung zu begründen.

2. Indessen entsteht die Frage, ob nicht, abgesehen von den unzutreffenden Rechtsausführungen des Klägers aus anderen Gründen in Gemäßheit seines allgemein gehaltenen Berufungsantrages die Aufhebung des angefochtenen Urteils geboten ist.

In dem früheren Prozesse forderte der jetzt verklagte Verpächter auf Grund der aus dem Pachtkontrakt hergeleiteten Reparaturpflicht des Pächters die Wiederherstellung der schadhaften Mühlenwelle, eventuell die Summe von einstweilen 120 Mk. zur Beschaffung der Reparatur. In der jetzigen Klage fordert umgekehrt der Pächter Entschädigung vom Verpächter dafür, daß die Mühle während eines Teiles der Pachtzeit in Folge der Schadhaftigkeit der Welle gangunfähig gewesen sei, indem er den Verpächter nach dem Kontrakte für verpflichtet hält, ihm zum Beginne der Pachtzeit das Mühlenwerk neu und tüchtig zu überliefern. Die gleichen Thatsachen hatte der Pächter im früheren Prozesse bereits als Einrede vorgetragen.

Der Umstand, daß die Parteirollen des jetzigen Prozesses im Vergleich mit dem früheren die umgekehrten sind, würde allerdings die Einrede der Rechtshängigkeit dann nicht ausschließen, wenn der eine Klaganspruch nur die Negation des anderen wäre. Allein der im jetzigen Rechtsstreit geltend gemachte Anspruch des Pächters, der Verpächter habe die Mühlenwelle tüchtig und neu abzuliefern gehabt, erscheint nicht als bloße Negation des Anspruchs des gegenwärtig klagenden Verpächters, Pächter habe während der Pachtzeit alle nötigen Reparaturen, und dabei auch die der Mühlenwelle zu beschaffen. Allerdings betreffen nach der konkreten Sachlage diese beiderseitigen Verpflichtungen denselben Punkt, nämlich die Reparatur der Welle. Allein beide beruhen auf verschiedenen und selbständigen Bestimmungen des Pachtkontraktes: die des Verpächters darauf, daß er vor Beginn

der Pachtzeit Mühlenwerk und Inventar tüchtig und neu herzustellen, die des Pächters darauf, daß er während der Pachtzeit beides zu erhalten und alle Reparaturen auf eigene Kosten zu beschaffen hat. Bei dieser Stellung der beiden Verpflichtungen zu einander, als zweier selbständiger Thatsachen, würde der Pächter nicht behindert gewesen sein, seinen Gegenanspruch auf Übergabe einer mit tüchtigem und neuem Werk versehenen Mühle bereits im früheren Prozesse im Wege der Widerklage geltend zu machen. Indessen hat derselbe sich damit begnügt, die hervorgehobene Verpflichtung des Verpächters als Einrede vorzutragen. Eine Rechtshängigkeit seines genannten Anspruchs trat damit nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung nicht ein. Demgemäß trifft den Pächter, der gegenwärtig das Material der früheren Einrede als Grund seiner Schadensklage verwenden will, die Einrede aus § 235 nr. 1 C.-P.-O. nicht.

Daß eine nahe Beziehung zwischen dem früheren und dem jetzigen Prozesse stattfindet, soll nicht verkannt werden. Allein dies Verhältnis ist nicht das der Identität der Klagansprüche, sondern der Präjudizialität der Streitsachen. Denn wenn auch der gegenwärtige Schadensanspruch durch die Thatsache der angeblich ungenügenden Herstellung der Mühlenwelle auf Seiten des Verpächters an sich begründet ist, so steht doch diesem Schadensanspruche andererseits die Thatsache der eigenen Verpflichtung des Pächters zur Reparatur der Welle entgegen. Eben diese Verpflichtung ist aber im früheren Prozesse bereits durch Erhebung einer Klage rechtshängig geworden. Für Fälle dieser Art, in welchen die Entscheidung des Rechtsstreites von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet, giebt § 139 C.-P.-O. dem Gericht die Befugnis, die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreites auszusetzen.

Aus diesen Gründen mußte das erste Urteil aufgehoben und die Sache in Gemäßheit des § 500 nr. 2 C.-P.-O. an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen werden.

---

## 4. Verpflichtung des Ehemannes, seine separierte Ehefrau zu alimentieren. Einrede der Kompensation gegen einen Alimentationsanspruch. Ma. 24./1883.

**Die Ehefrau des Erbpächters M. in P. forderte von ihrem Ehemanne Geldalimente für die Zeit vom 1. Juli 1882 bis Ende November 1884, während welcher sie vom Beklagten getrennt lebte, und zwar seit dem 1. Dezember 1882 auf Grund eines die Ehegatten separierenden Richterspruches. Das Oberlandesgericht erkannte durch Urteil vom 20. Oktober 1883 diesen Anspruch an, unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung, und verurteilte den Beklagten, die bereits fälligen Beträge sofort, die ferneren monatlich praenumerando zu zahlen.**

### Gründe.

Die Klägerin, Ehefrau des Beklagten, beansprucht von diesem Geldalimente für die Zeit vom 1. Juli 1882 bis 30. November 1884, während welcher Zeit sie getrennt von ihrem Ehemanne gelebt hat, bez. leben soll. Damit macht sie die dem Beklagten als ihrem Ehemanne gesetzlich obliegende Verpflichtung, für ihre, der Klägerin, Alimentation zu sorgen, geltend, deren Leistung in Geld statt in Naturalprästationen sie deshalb beansprucht, weil sie nicht eigentrieblich, sondern, durch genügende Gründe dazu veranlaßt, sich außerhalb der häuslichen Gemeinschaft mit dem Beklagten befunden hat, bez. befinden wird. Wenn sie in dieser Hinsicht für die Zeit vom 1. Juli bis ult. November 1882 sich in ihrem Klageschriftsatze darauf berief, daß in einem früheren Ehescheidungsprozesse, welcher zu einer Separation auf 2 Jahre geführt hatte, ihr die Alimente in Geld schon zugesprochen, und über die Trennungszeit hinaus vom Beklagten bis ult. Juni 1882 berichtigt, dann aber sistiert seien, daneben aber weiter in der mündlichen Verhandlung auch geltend machte, daß der Beklagte ihre, der Klägerin, Wiederaufnahme in sein Haus Ostern 1882 verweigert habe, so liegt darin eine unzulässige Klageänderung nicht, da der rechtliche Grund der Alimentationsverbindlichkeit nicht verändert ward, sondern nur die thatsächlichen Voraussetzungen für die Berechtigung, statt der Naturalalimente Geldalimente zu fordern, berichtigt wurden, wozu die Klägerin nach § 240, 1 und 3 C.-Pr.-O. wohl befugt war. Und auch der Umstand, daß die Klägerin

die in dem früheren Prozesse erfolgte Festsetzung der Alimentationspflicht und der Höhe derselben irrtümlich als noch normierend ansah, ändert hieran nichts, da das frühere Judikat die Obligation nicht veränderte, sondern nur deren Existenz und Höhe für die in demselben angegebene Zeit außer Streit setzte. Ebenso wenig kann mit dem Beklagten eine unzulässige Klageänderung darin gefunden werden, daß die Klägerin für die Zeit nach der Klagerhebung Verurteilung und eventuell Festsetzung der Höhe der Alimente beantragte, da beide Ansprüche auf demselben Rechtsgrunde beruhen, und die Klägerin daher nach § 240 C.-Pr.-O. nie würde behindert werden können, bei Festhalten desselben Rechtsgrundes den Anspruch zu modifizieren. — Daß sodann bei Klagen auf Alimente, deren Leistung der Beklagte bestreitet, neben Verurteilung auf die fälligen, auch die Feststellung der zukünftigen begehrt werden kann, ist schon nach älterem Prozeßrechte nie bezweifelt, und muß im Beihalte der Bestimmungen in den §§ 231 und 253 C.-Pr.-O. um so unbedenklicher angenommen werden, so daß auch die in dieser Hinsicht seitens des Beklagten erhobenen Einwendungen unbeachtlich erscheinen. — Endlich aber muß, mindestens für Alimentenklagen auch hinsichtlich der künftigen Alimente sofortige Verurteilung wie nach früherem so nach jetzigem Prozeßrechte, cf. § 672 Abs. 1 C.-Pr.-O. verlangt werden können.

Die sonach in allen Richtungen nach den prozeßrechtlichen Normen zulässige Klage ist weiter aber auch materiellrechtlich wohlbegründet. Denn es ist ein feststehender Rechtssatz, daß der Ehemann verpflichtet ist, seine Ehefrau, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm eine Dos zugebracht, ob sie eigenes Vermögen besitzt, bez. ob sie für ihren Unterhalt selbst zu sorgen vermag, während der Dauer der Ehe zu alimentieren. Braucht er diese Alimente zunächst auch nur in seinem Hause, überdies nur in natura, zu gewähren, so verwandelt sich seine Verpflichtung doch in eine Geldleistungspflicht, wenn Umstände eingetreten sind, welche die Ehefrau berechtigt erscheinen lassen, sich außerhalb seines Hauses aufzuhalten. Und diese liegen hier vor, da der Beklagte selbst die Aufnahme der Klägerin, wie er nicht

bestritten, nicht nur verweigert hat, sondern sogar seinerseits die Separation von der Klägerin im gerichtlichen Wege am 8./13. Juni 1882 beantragt, und nachdem er gerichtliche Anordnung auf interimistische Trennung am 28. Juni 1882, also vor dem Zeitpunkte, von welchem ab die Alimente gefordert werden, bis zum Verhandlungstermine im Ehescheidungsprozesse erlangt hatte, eine Separation auf 2 Jahre, nämlich bis zum 5. Dezember 1884 erstritten hat. Der erwähnten gerichtlichen Aussprüche ungeachtet besteht nämlich die Ehe unter den Parteien fort, und wie der Beklagte trotz der Trennung die ihm von der Klägerin etwa zugebrachte Dos zu behalten berechtigt ist, verbleibt es bei seiner Alimentationspflicht, der er sich dadurch, daß er deren Verabreichung in natura durch das seinerseits erhobene Rechtsverfahren unmöglich machte, nicht entziehen kann, da sich dieselbe vielmehr dadurch nur in eine Verpflichtung zur Zahlung von Geldalimenten umwandelte. — Sollte selbst die Klägerin durch ihr Verhalten schuldhafter Weise dem Beklagten eine genügende Veranlassung dazu gegeben haben, die Separation zu beantragen, so würde ihn dies von der gesetzlich ihm obliegenden Alimentationspflicht zu befreien nicht vermögen, da es allemal lediglich von seinem Willen abhing, ob er die Trennungsklage anstellen wollte, somit lediglich von seiner Seite es veranlaßt ist, daß die Naturalalimentation, zu der er nach wie vor an sich verpflichtet blieb, nunmehr als solche nicht mehr geleistet werden kann, und er danach das Interesse in Geld ersetzen muß. Somit war auf die Behauptung des Beklagten, daß Klägerin ihre Anschuldigungen wegen Brandstiftung wider besseres Wissen wiederholt habe, nicht weiter einzugehen, und durfte es zur Aufnahme der desfalls von dem Beklagten angebotenen Beweise nicht mehr kommen, sowie es auch eines weiteren Eingehens darauf, ob die Klägerin arbeitsunfähig sei, da hiervon die Alimentationsverpflichtung des Ehemannes gegen die Ehefrau nicht abhängt, nicht bedurfte. — Wenn in dem angefochtenen Urteile fast in allen obstehenden Punkten von einer gegenteiligen Ansicht ausgegangen ist, so genügt das Vorstehende zur Widerlegung, und mag nur noch bemerkt werden, daß der Inhalt der Entschei-

dungen des vormaligen Oberappellationsgerichts hieselbst Bd. V nr. 64 S. 316 verkannt ist, indem dort nur ausgesprochen worden, daß die Ehefrau nicht durch eigenmächtige Entfernung die Naturalalimentation in Geldleistung umwandeln könne. Übrigens mag noch verwiesen werden auf Seuffert's Archiv VIII nr. 271, XI nr. 156, XIII nr. 39, XXI nr. 239 und XXVI nr. 243 und 244, sowie namentlich nr. 38.

Die Höhe des sonach begründeten klägerischen Anspruches sodann anlangend, darf es, da das richterliche Ermessen bei dem hier zutreffenden Provisorium entscheiden muß, zu einer förmlichen Beweisaufnahme nicht kommen. Nach Lage der Sache aber ist anzunehmen, daß der Beklagte die ihm angesonnene Leistung zu beschaffen vermag, und daß dieselbe den Verhältnissen entspricht. Denn auf die gleiche Summe, welche die Klägerin jetzt beansprucht, hat das Amtsgericht Schwerin 1878 die Alimente für die Zeit des derzeitigen Prozesses festgesetzt, und hat diese Determination der derzeitigen Rechtsmittel der Parteien ungeachtet oberrichterliche Bestätigung gefunden. Und als der Prozeß beendigt war, hat Beklagter von der in dem die Separation aussprechenden Urteile vom 15. November 1878 ihm gestatteten Freiheit, wegen der Auseinandersetzung in vermögensrechtlicher Hinsicht für die Separationszeit, falls er sich mit seiner Ehefrau hierüber nicht einigen könne, mit Anträgen beim Amtsgerichte hervorzugehen, überall keinen Gebrauch gemacht, sondern die ihm nur für die Dauer des derzeitigen Prozesses auferlegte Zahlung von 30 Mk. monatlich unweigerlich auch für die Separationszeit, also bis November 1881, und selbst über diese Zeit hinaus, bis zur Anstellung seiner neuen Scheidungsklage, berichtigt. Darin ist eine offensichtliche Bethätigung dafür, daß jene Summe das Leistungsvermögen des Beklagten nicht übersteigt, und daß dieselbe den Verhältnissen der Parteien entspricht, zu finden, da Beklagter besondere später eingetretene Umstände, die eine Abminderung rechtfertigen könnten, nicht einmal zu behaupten vermocht hat. Namentlich konnte auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß der Altenteil einer Erbpächter-Altenteilswittwe nach Dorfsstatut in P. auf 180 Mk.

à Jahr, und falls mehrere Altenteilerinnen vorhanden sind, sogar auf 120 Mk. à Jahr festgesetzt ist. Denn abgesehen davon, daß die Lage einer Altenteilerin für die Klägerin nicht normierend ist, ist zu erwägen, daß die Altenteilerinnen ihren Altenteil in Naturalleistungen nach einem billigmäßigen Geldanschlage zu empfangen pflegen, und daß nach der Behauptung der Klägerin neben jenen 180 Mk. bez. 120 Mk. noch weitere Naturalpräſtationen nach dem Ortsstatute zu leisten sind.

Dem nach Grund und Betrag laut der vorstehenden Ausführungen als wohlberechtigt erscheinenden Anspruche der Klägerin hat der Beklagte endlich noch Zahlungs- bez. noch Kompensationseinreden entgegengesetzt. Dieselben sind in Höhe von 188,10 Mk. und 36 Mk., also im Ganzen in Höhe von 224,10 Mk. von der Klägerin anerkannt, und ist danach ihr Klagantrag insofern abgemindert. Im Übrigen hat sie deren Zulässigkeit bestritten, so daß hinsichtlich dieser nicht anerkannten Kompensationsposten eine Erörterung geboten erscheint.

Der Beklagte stützt diese seine Einreden darauf, daß die Klägerin in zwei unter den Parteien verhandelten Prozessen, nämlich wegen Vorschußleistung bez. wegen Ehescheidung, von welchen der erstere beim Amtsgerichte zu Schwerin, der letztere bei dem Landgerichte daselbst anhängig gewesen, zur Erstattung der dem Beklagten erwachsenen Prozeßkosten, deren Höhe Beklagter zu 44,55 Mk. bez. 126,65 Mk. angiebt, verurteilt worden, und verlangt, daß die angegebenen Summen für den Fall seiner Verurteilung in Abzug gebracht werden. Er hat zu dem Zwecke spezifizierte Rechnungen übergeben, und, nachdem die Klägerin moniert hatte, daß die Feststellung solcher Kosten bisher nicht erfolgt sei, daher deren Kompensabilität nicht anerkannt werden könne, die Feststellung derselben seitens des anerkennenden Gerichts beantragt. Es kann indessen die Frage, ob dieser Antrag, den die Klägerin für unzulässig erklärt hat, statthaft erscheint, ob nicht vielmehr die Vorschrift des § 98 C.-Pr.-O. dahin zu verstehen sei, daß jede Geltendmachung des Anspruches auf Erstattung von Prozeßkosten die Vorlegung eines Zwangsvollstreckungstitels erfordert, und daß nur nach den daselbst an-

gegebenen Bestimmungen vom Prozeßgerichte erster Instanz Prozeßkosten liquidierbar festgestellt werden können, ununtersucht bleiben, da schon aus einem anderen Grunde die Berücksichtigung der vorgeschützten Einreden in vorliegender Sache nicht stattfinden darf. Die Klägerin hat nämlich weiter moniert, daß, weil ihr Anspruch auf Alimentation gerichtet sei, demselben nicht konnexe Kompensationseinreden — zu den konnexen aber gehörten die vorgeschützten nicht — nicht entgegengesetzt werden dürften, und hat sich hierfür auf L. 3 C. de comp. (4. 31) berufen. Mag nun auch die angezogene gesetzliche Bestimmung, da sie die Unzulässigkeit der Kompensation nur gegenüber den Alimentenforderungen des Staates bez. der öffentlichen Gemeinden ausspricht, direkt das Anverlangen der Klägerin nicht rechtfertigen, so ist doch in der Praxis der Rechtssatz vielfach dahin erweitert, daß das Gleiche für alle Alimentenforderungen als normierend angesehen ist, und diese Praxis muß für Fälle der vorliegenden Art, in denen es sich um gesetzliche Alimentationspflicht handelt, und das der Klägerin für die Zeit vor der Klaganstellung Zuzuerkennende nur von geringer Höhe, nämlich nach Abzug der zur Abrechnung zugelassenen Posten nur 45,90 Mk. groß ist, also nicht einmal den Betrag einer zweimonatlichen Rate erreicht, Anerkennung finden. Dafür kann namentlich mit darauf verwiesen werden, daß nach § 749,2 C.-P.-O. auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderungen der Pfändung schlechterdings nicht unterliegen, und nach § 648,6 daselbst Alimentenforderungen der bezeichneten Art auch in Betreff der Leistungen für die Zeit des letzten Vierteljahrs vor der Klagerhebung von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen.

— — — — — — — — — — — — —

Das Urteil war nach § 648,6 C.-P.-O. für vorläufig vollstreckbar zu erklären, nicht bloß wegen der vor der Klaganstellung aufgelaufenen Alimente, die, wie vorstehend schon erwähnt, einen vierteljährigen Betrag nicht mehr erreichen, sondern auch wegen der seitdem fällig gewordenen, ja sogar der weiter fällig werdenden Alimente. Auch die Berichtigung der zuletzt erwähnten Ali-

mente, auf welche nach § 672 Abs. 1 C.-P.-O. verurteilt werden mußte, darf nämlich durch Einlegung eines Rechtsmittels, falls dasselbe zulässig sein sollte, nach eingetretener Fälligkeit derselben nicht aufgehalten werden.

---

5. **Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der Waare.** To. 19./1883.

Der Großhändler F. in H. sandte dem Kaufmann T. in N. eine Partie unverzollter Flaschenweine mit Faktura und dem Ersuchen eine auf den Kaufpreis gestellte Tratte zu honorieren. Der Beklagte lehnte die Annahme der Waare ab, da er dieselbe nicht gekauft, sondern sich nur erboten habe, die Weine als Kommissionär des Klägers für dessen Rechnung zu verkaufen. Der Absender klagte nun mit der actio venditi auf Abnahme der Waare.

Die gegen die erfolgte Zurückweisung der Klage eingelegte Berufung wurde durch Urteil vom 16. November 1883 verworfen.

Gründe.

Nach der Regel des Rechts kann zwar der Gläubiger seinen Schuldner zur Erfüllung seiner Pflicht nötigen, nicht aber umgekehrt der Pflichtige den Berechtigten zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung zwingen; von dem Willen des Berechtigten muß es abhangen, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Ein Verzug in der Annahme auf Seiten des Gläubigers zieht daher zwar im Interesse des Schuldners mancherlei Nachteile für den Ersteren nach sich, indessen eine Klage auf Annahme hat der Schuldner nur, wenn eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsrecht erzeugende Thatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet ward. Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obl.-Recht III (zur Lehre von der Mora) § 14 Anm. 3, Windscheid Pand. § 347 Anm. 1.

Im vorliegenden Falle kann die Frage, ob eine besondere Annahme-Verpflichtung auf Seiten des Beklagten begründet sei, nur in Grundlage desjenigen Rechtsverhältnisses, auf welches

Kläger sich beruft, nicht aber auf Grund derjenigen Darstellung geprüft werden, durch welche Beklagter die Klagebehauptungen indirekt bestreitet. Kläger verlangt vom Beklagten die Abnahme der an denselben abgesandten und auf dem Bahnhofe zu R. lagernden Weine, weil er diese an den Beklagten auf dessen Bestellung verkauft habe. Nun begründet der Kaufkontrakt für den Verkäufer regelmäßig nur die Forderung auf den Kaufpreis, während dem Käufer die Forderung auf Übergabe der gekauften Sache erwächst. Beide Forderungen stehen zwar im Verhältnisse der Gegenseitigkeit und ihre Geltendmachung erleidet dadurch Beschränkungen, indessen der Annahmeverzug des Käufers gegenüber der vom Verkäufer angebotenen Erfüllung berechtigt den Letzteren, seine Forderung zur Verfallzeit jetzt ohne Weiteres geltend zu machen, und entlastet ihn von der auf die Bewachung der Sache zu verwendenden Sorgfalt in Maßgabe des art. 343 des deutschen H.-G.-Buches. In der Natur des Kaufkontrakts sind keine Momente erfindlich, welche eine Pflicht des Käufers, den Verkäufer des ferneren Besitzes der Sache zu entledigen, begründen könnten, und der ausnahmsweise Eintritt einer solchen Verpflichtung muß besonders beredet sein oder nach den Umständen des Falles als stillschweigend beredet gelten können. Hier liegt nach Klägers Angabe ein gewöhnliches Kaufgeschäft vor. Die Verzollung der von auswärts einem Käufer zugesandten Waare ist ohnehin Sache des Käufers, und deshalb der Umstand, daß Beklagter diese Auslage für Rechnung des Klägers übernommen haben sollte, ohne Einfluß. Ebensowenig ist darauf Gewicht zu legen, daß mit der verzögerten Empfangnahme nach Ansicht des Klägers die Moniturfrist des Beklagten sich verlängert und der Beweis der Empfangbarkeit ihm erschwert werden könnte, da im Falle des Annahmeverzuges die Klage auf den Kaufpreis gegen den Käufer ohne Weiteres statthaft ist. Ohnehin hat Beklagter die Annahme der ihm von auswärts zugesandten Waare nicht deshalb, weil sie nicht empfangbar (§ 348 H.-G.-B.), beanstandet, er hat sie vielmehr um deswillen zurückgewiesen, weil er die als gekauft zugesandte Waare nicht bestellt habe. Sollten die vom Kläger hervorgehobenen Interessen aus-

reichen, die Klage auf Abnahme der gekauften Sachen gegen den Käufer zu begründen, so wäre damit die Ausnahme im Grunde zur Regel erhoben. Es muß daher streng daran festgehalten werden, daß die Ausnahme sich auf solche Fälle beschränkt, in denen der Käufer neben dem Kaufpreise die Wegschaffung des Kaufobjekts als besondere Nebenleistung übernommen hat.

---

## 6. Vertretung des landesherrlichen Kirchenpatronats durch das Kammerkollegium. Ro. 43./1883.

Die Großherzogliche Kammer klagte Namens des Landesherrn als Kirchenpatrons gegen den Magistrat der Stadt R. in Betreff der Herrichtung einer Pfarrwitwenwohnung. Der Beklagte schützte die prozeßhindernde Einrede der dem klagenden Kollegium mangelnden gesetzlichen Vertretung vor, dieselbe wurde jedoch verworfen und die gegen dieses Zwischenurteil eingelegte Berufung durch Urteil vom 5. November 1883 zurückgewiesen.

### Gründe.

Das Recht und die Pflicht der Kirche zu St. Nikolai in R., daß das Wohnungsbedürfnis der Witwe eines verstorbenen Pfarrers an derselben befriedigt werde, und die Vorschrift, daß beim Mangel eines Pfarrwitwenhauses auf den Bau eines solchen hingewirkt werden solle, stehen kirchengesetzlich, insbesondere nach der Kirchenordnung von 1650 Thl. V Fol. 279 fest. Nicht minder liegt vor, daß beim Vorhandensein der Predigerwitwe B. thatsächlich dies Bedürfnis hervortritt. Es handelt sich inhalts der Klage um die konkrete Realisierung des an sich unzweifelhaften Anspruches auf Erledigung desselben. Mit Recht hat der Kläger hervorgehoben, daß die Prüfung, ob der Landesherr in Seiner Eigenschaft als Patron der genannten Kirche zur gerichtlichen Geltendmachung des erhobenen Klageanspruches, insbesondere hinsichtlich der hiebei etwa aufkommenden Vorfragen über die konkrete Notwendigkeit der beanspruchten Erbauung eines Witwenhauses, über die behauptete Insufficienz des Kirchenärars bezw. den Eintritt der subsidiären Beitragsver-

pflichtung der Stadtgemeinde, sachlich legitimiert ist, keinenfalls mit der zur jetzigen Entscheidung stehenden prozeßhindernden Einrede zusammenfällt. Beklagter hat zur Zeit nur beanstandet, daß der Großherzoglichen Kammer die Vertretung des Allerhöchsten Patronats für diesen Rechtsstreit zustehe. Er übersieht hierbei, daß im letzteren ausdrücklich und ausschließlich das landesherrliche Patronat als Kläger auftreten will und auftritt, und daß demnach hier nur darüber zu dezidieren ist, ob das Kammer-Kollegium dies für vorliegenden Prozeß verwertete Patronat Serenissimi zu vertreten befugt ist. Das landesherrliche Publikandum vom 16. September 1839 erhebt die Bejahung über jedes Bedenken. Der den Wirkungskreis der eingesetzten Behörden normierende § 1 desselben spricht ganz allgemein aus, daß die Beamten als Kirchen-Kommissarien das Großherzogliche Patronat für das ganze Bauwesen an den kirchlichen Gebäuden solches Patronates oder Kompatronates als leitende und kontrollierende Behörde vertreten sollen. Daß zu solchen Bauten auch die Pfarrwitwenhäuser gehören, ergiebt sich aus dem protestantischen Kirchenrechte und hat speziellen Ausdruck gefunden im § 5 cit. und in der dort allegierten Cirkular-Verordnung vom 31. Dezember 1832. Als eine fehlsame Auffassung erscheint es andererseits, wenn Beklagter annimmt, daß nur die Leitung, Ausführung rc. eines an sich anerkannten Baues Großherzoglichen Patronates den Domanialämtern übertragen worden. Durchweg erhellt aus dem Publikandum vom 16. September 1839, daß schon die vorbereitende Thätigkeit für einen Bau, namentlich die Feststellung des Bedürfnisses, der Prinzipalverpflichtung und Ausreichlichkeit des Kirchenärars, event. der subsidiären Beitragspflicht des Patronats und der Eingepfarrten den Beamten als Vertretern des Allerhöchsten Patronates überwiesen sind, und daß sie hiebei mit Berücksichtigung der Bestimmungen der Verordnung vom 27. Dezember 1824 in den vorschriftsmäßigen Konferenzen nom. Serenissimi Patroni mit den eingepfarrten Obrigkeiten zu verhandeln und das Erforderliche zur Feststellung zu bringen haben. Cfr. §§ 7, 9, 14—17 ib. Schon nach der eben angezogenen Verordnung vom 27. Dezember

1824 § 9 „soll, falls eine Vereinigung der in der Konferenz Anwesenden über die Nothwendigkeit und den Umfang des Baues nicht zu erreichen ist, bei den landesherrlichen Patronatkirchen das Konferenz-Protokoll von Unserer Regierung, welcher letzteres einzureichen, dem von Seiten des landesherrlichen Patronates bestellten Prokurator zu dem Zwecke communiciert werden, um bei dem competirenden Landesgerichte die Entscheidung darüber nachzusuchen." An Stelle der derzeitigen Regierung, durch welche früher auch die landesherrlichen Patronatsrechte ausgeübt wurden, ist nach dem mehrberegten Publikandum de 1839 die Domanialverwaltung (die Großherzoglichen Beamten bezw. die denselben vorgesetzte Großherzogliche Kammer) getreten, und hat letztere demgemäß in Beihalt der Verordnung vom 23. Mai 1879 den im vorliegenden Prozesse auftretenden Prokurator für den landesherrlichen Patron mit voller Befugnis bestellt.

---

# Strafrecht und Strafprozeß.

## 1. Strafgesetzbuch § 367[7].
## Was ist unter „verdorbenem" Fleische zu verstehen?
## Revisionsurteile des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 14. Juni 1884 — Vo. u. de 16. September 1884 — Se.

Die Gründe des Urteils de 14. Juni 1884 lauten:

1. Die Angeklagten, Schlachtermeister in B., haben seit längerer Zeit mehrfach an bestimmte Käufer in Be., mit denen der Kaufpreis von vorneherein vereinbart war, geschlachtete nüchterne Kälber, welche in Viertel gehauen und in Kisten verpackt wurden, zwecks Verwendung zur Nahrung für Menschen versandt. Die Sendungen, welche Seitens des V. am 12. Dezember 1883 und am 16. Januar 1884, und Seitens des B. am 22. Dezember 1883 nach Be. aufgegeben wurden, sind in Be. von den zu diesem Zwecke amtlich angestellten Kreisthierärzten untersucht, zum Teil als zur menschlichen Nahrung nicht geeignet befunden und deshalb eingezogen. Das am 26. April 1884 verkündete Urteil der ersten Strafkammer des Großhzgl. Landgerichts zu Güstrow hat gegen beide Angeklagte den Thatbestand des § 367 nr. 7 St.-G.-B. als erfüllt angenommen und sie in Strafe verurteilt.

Die von den Angeklagten eingelegte Revision hält die vom vorigen Richter festgestellten Thatsachen nicht für ausreichend, um das eingezogene Fleisch als „verdorben" im Sinne des Gesetzes annehmen zu können, und bestreitet demgemäß, daß eine Fahrlässigkeit der Angeklagten vorliege.

2. Sowohl die genannte Bestimmung des St.-G.-B. als

das Gesetz, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. Mai 1879, gebraucht den Ausdruck „verdorben". Beide Gesetze verfolgen den Zweck, durch Strafbestimmungen das Publikum dagegen zu schützen, daß Eßwaaren, welche wegen fehlerhafter Beschaffenheit ihre Bestimmung nicht erfüllen können, in den Handel gebracht werden, und verpflichten demgemäß den Verkäufer zur Prüfung der Beschaffenheit. Daß das letztgenannte Gesetz zum Begriff der Verdorbenheit der Nahrungsmittel nicht etwa erfordert, daß dieselben der Gesundheit schädlich sind, zeigt der Gegensatz zwischen den §§ 10 nr. 2 und 12 nr. 1, und daß das Strafgesetzbuch den Ausdruck in keinem anderen Sinne gebraucht hat, darf um so weniger bezweifelt werden, als die Wortbedeutung zu einer solchen beschränkenden Auslegung keine Veranlassung giebt. Hingegen ruft eben die Wortbedeutung in anderer Richtung einen Zweifel hervor. Es fragt sich nämlich, ob das Verdorbensein von Eßwaaren nicht notwendig und begrifflich voraussetzt, daß dieselben sich früher in einem anderen und besseren Zustande befunden haben, und daß erst später, sei es in Folge einer Einwirkung von außen, sei es durch einen sich von innen heraus entwickelnden Prozeß der jetzt vorhandene fehlerhafte Zustand eingetreten ist. Berücksichtigt man indessen den bereits hervorgehobenen Zweck der beiden Gesetze, so wird es keinem Bedenken unterliegen, der von Meyer und Finkelnburg in der Erläuterung des Gesetzes vom 14. Mai 1879 gegebenen Auslegung zuzustimmen, und diejenigen Nahrungsmittel als verdorben anzusehen, welche sich in einem nach allgemeiner Ansicht zum Genusse nicht geeigneten Zustande befinden, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich früher in einem besseren Zustande befunden haben. Endlich kann auch für den Begriff des Verdorbenseins nicht eine völlige Ungenießbarkeit der Eßwaaren verlangt werden, vielmehr ist derselbe auch in Fällen, in welchen die Möglichkeit des Genusses noch besteht, erfüllt, wenn nur die Beschaffenheit sich bereits derartig verschlechtert hatte, daß sie nach allgemeiner Ansicht zum Genusse sich nicht mehr eignen.

Diese Auslegung des Gesetzes stimmt im Wesentlichen mit

den Grundsätzen überein, welche das Reichsgericht in den von den Mitgliedern herausgegebenen Entscheidungen Band V nr. 99 und 101 entwickelt hat.

Die unmittelbare Folgerung aus dieser Auffassung ist die, daß es auf die Ursache der Verdorbenheit überhaupt nicht ankommt. Das Gesetz legt das entscheidende Gewicht allein darauf, daß das Nahrungsmittel sich gegenwärtig in einem Zustande befindet, welcher es zum Genusse nicht geeignet macht. Anders dann, wenn zwar der normale Nährwert erheblich verringert ist, andererseits aber das Nahrungsmittel noch nicht als zum Genusse ungeeignet angesehen werden kann, z. B. ungewöhnlich mageres Fleisch. In solchem Falle wird der Sprachgebrauch die Anwendbarkeit des Ausdrucks „verdorben" nicht ohne Weiteres gestatten, vielmehr wird regelmäßig hier auf die Ursache dieses Zustandes zurückzugehen sein. Die Feststellung dieser kann allerdings das Nahrungsmittel als verdorben erscheinen lassen, so wenn die Magerkeit des Fleisches von einer Krankheit des Tieres herrührt. Von diesem Standpunkte aus kann ein Widerspruch zwischen den obigen Grundsätzen und der Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. Juli 1883 in nr. 189 der Rechtsprechung in Strafsachen, welchen das vorige Urteil annehmen zu wollen scheint, nicht anerkannt werden.

3. Die Feststellungen des Berufungsurteils genügen den oben aufgestellten Erfordernissen des Gesetzes. Festgestellt ist, daß das fragliche Fleisch nicht die rosarote Farbe des normalen nüchternen Kalbfleisches, sondern eine blaßgraue zeigte; ferner, daß dasselbe von schwammiger Beschaffenheit war und weit mehr an Wasser, hingegen weit weniger an Fett und Eiweiß enthielt, als das normale nüchterne Kalbfleisch; ferner, daß wegen der mangelhaften Zellenbildung auch die innere Beschaffenheit eine anormale; endlich, daß dasselbe zur Nahrung für Menschen nicht geeignet war. Hiemit steht die Verdorbenheit des Fleisches fest, und ist also der Thatbestand des § 367 nr. 7 St.-G.-B. nach der objektiven Seite hin erfüllt. Unerheblich für denselben ist es, daß das vorige Urteil die Ursache des angegebenen Zustandes unentschieden gelassen hat. Mag dieselbe darin liegen, daß

die Kälber zu früh geboren, oder daß sie nach der Geburt krank waren, oder daß sie in der Zeit vor ihrer Geburt nicht die nötigen Bestandteile zur normalen Fleischbildung in sich aufgenommen haben, — in jedem Falle bleibt die Folge dieser Umstände, nämlich der gegenwärtige Zustand der Verdorbenheit, bei Bestand.

4. Im Übrigen hat der vorige Richter festgestellt, daß die Angeklagten als Schlachter bei der Absendung des Fleisches von B. aus der abweichenden Farbe, aus dem großen Gehalt an Wasser und dem Fehlen an Fett bei Anwendung der nötigen Sorgfalt hätten erkennen müssen, daß das Fleisch nicht dem normalen Fleisch von nüchternen Kälbern entsprach und zur Nahrung von Menschen nicht geeignet war, und daß deshalb, wenn sie trotzdem das Fleisch nach Be. an ihre Käufer versandten, sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Durch diese Feststellung, bei welcher ein Rechtsirrtum nicht erkennbar ist, wird auch die subjektive Seite des Thatbestandes des § 367 nr. 7 St.-G.-B. erfüllt.

In der Begründung des Urteils de 16. September 1884 heißt es: Die von der Großherzoglichen Staatsanwaltschaft eingelegte Revision richtet sich gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil; dieselbe kann in einem solchen Falle nach § 380 St.-Pr.-O. nur auf Verletzung einer Norm des materiellen Rechts gestützt werden; angefochten ist hier die Freisprechung des Angeklagten von dem Vorwurfe, verdorbene Eßwaare verkauft zu haben, es fragt sich mithin, ob diese Freisprechung gegen den § 367 nr. 7 des St.-G.-B. nach dessen richtiger Auffassung verstößt.

Diese Frage ist zu bejahen.

Das Berufungsgericht beschränkt den Begriff der Verdorbenheit zwar nicht auf den Fall, daß eine Eßwaare ihre ursprüngliche normale Güte wieder verloren hat, vielmehr bezieht es denselben zutreffend auch auf den Fall, wenn die Waare die Stufe normaler Güte noch nicht erreicht hat, es berücksichtigt aber nicht genügend die an die Unverdorbenheit der Eßwaare, soweit sie als Kaufwaare in Betracht kommt, zu stellende An-

forderung. Der Begriff der unverdorbenen Eßwaare bestimmt sich nach denjenigen Eigenschaften der Sache, deren Vorhandensein nach den Umständen des Falls erwartet werden durfte, im Falle eines Ankaufes als Marktwaare also nach denjenigen Eigenschaften, welche das kaufende Publikum vorauszusetzen pflegt. Eine Abweichung von dieser Norm bestimmt den Begriff der Verdorbenheit im Handel und Wandel, eine Gesundheitsgefährlichkeit oder eine Unstatthaftigkeit des Genusses braucht nicht hinzu zu treten. Mögen auch Eßwaaren, die zwar zur normalen Entwickelung nicht gediehen sind, deren Genuß aber nicht unstatthaft ist, von den Besitzern zur Nahrung verbraucht werden, so ist damit noch nicht gesagt, daß solche Waare dem kaufenden Publikum ohne Weiteres als ordnungsmäßige Eßwaare angeboten werden darf. Das Berufungsgericht hätte daher bei Würdigung der allgemeinen Ansicht speziell auf die Erwerbung der Käufer im gewöhnlichen Marktverkehr Rücksicht nehmen müssen, und dies tritt hier nicht sicher erkennbar hervor.

Es ist nämlich davon auszugehen, daß beim Kauf von nüchternem Kalbfleisch, d. h. vom Fleische von Kälbern, welche bald nach der Geburt, meist ohne vorher Milch oder andere Nahrungsmittel erhalten zu haben, geschlachtet sind, der Käufer erwarten darf, er erhalte Fleisch, welches den bei neugeborenen Kälbern normalen Grad vollständiger Ausbildung bereits erreicht hat. Die mangelhafte Ausbildung ist, wie bereits in einem früheren Falle von der dortigen Strafkammer und vom Strafsenate des Oberlandesgerichts hieselbst anerkannt ist, besonders an der Struktur des Fleisches erkennbar; die innere Beschaffenheit des nicht normal und vollständig ausgebildeten Fleisches ist wegen der mangelhaften Zellenbildung schwammiger und wässeriger, es besitzt auch nicht die rosenrote Farbe des normalen Fleisches. Die Unvollkommenheit der Fleischbildung kann in verschiedenen Ursachen begründet sein, das Tier kann aus dem Mutterleibe herausgeschnitten sein, es kann durch Krankheit, zu frühe Geburt oder unzureichende Ernährung im Mutterleibe von der Erreichung des normalen Zustandes zurückgehalten sein. Gilt das Fleisch vom neugeborenen Kalbe, weil es den nor-

malen Reifegrad nicht erreicht hat, für verdorben, so muß dasselbe vom Fleisch gelten, welches, wenn auch aus anderen Gründen, von gleicher Beschaffenheit ist. Eine solche unvollkommene Fleischbildung wird auch in dem elenden und verkümmerten Aussehen des neugeborenen Tieres deutlich erkennbar sein. Soll nun der Marktverkehr gegen das Eindringen derartiger Waare geschützt werden, was der Zweck des § 367 nr. 7 ist, so kann nur die anormale Beschaffenheit des Fleisches und nicht daneben noch die keinenfalls augenfällige Ursache in Betracht kommen. Ist in einem gegebenen Falle Fleisch wegen unvollkommener Entwickelung für verdorben zu erachten, so bedarf es daneben nicht noch eines besonderen Nachweises, daß dessen Nährwert von demjenigen des normalen Fleisches erheblich differiere. Übrigens würde bei Eßwaaren, deren Nährwert im normalen Zustand nur gering ist, zu berücksichtigen sein, daß an sich geringe Differenzen doch im Verhältnis zum normalen Prozentsatz als erheblich gelten können.

Fehlsam war es, wenn das Berufungsgericht nur diejenige Eßwaare als verdorben gelten lassen will, die sich in einem zum Genusse für Menschen nicht geeigneten Zustande befindet, während das entscheidende Merkmal in der Abweichung vom Normalen liegt, vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 5 S. 293. Unrichtig war es ferner, auf die Annahme entscheidendes Gewicht zu legen, daß das Fleisch von besonders kleinen oder besonders mageren Kälbern herrühre, sowie, es sei nicht erwiesen, daß das Abweichen des Nährwertes des beschlagnahmten Fleisches vom gewöhnlichen nüchternen Kalbfleische ein irgendwie bedeutendes gewesen.

Deshalb war die Freisprechung aufzuheben.

Die Aufhebung ist auf die thatsächlichen Feststellungen mit erstreckt worden, weil die Würdigung der thatsächlichen Ermittelungen zu einem bestimmten Ausspruch in der Richtung führen mußte, ob in allen 3 Fällen das konfiszierte Kalbfleisch eine Abweichung von der normalen Beschaffenheit nüchternen Kalbfleisches gezeigt habe.

Wenn Angeklagter in seiner Revisionserwiderung auf den

Umstand zu seinen Gunsten Bezug genommen hat, daß die konfiszierten Fleischstücke nicht den alleinigen Kaufgegenstand gebildet, sondern daß er sie als Teile größerer Quantitäten verkauft, und daß bei jeder Lieferung die beschlagnahmten Stücke nur einen geringfügigen Prozentsatz im Verhältnis zu der unverdorbenen Quantität ausgemacht hätten, so ist damit ein Umstand berührt, der bei der Frage der subjektiven Verschuldung in Betracht kommen mag, also in der neuen Hauptverhandlung zu erörtern sein wird, in jetziger Instanz aber bei der Frage nach der rechten Auslegung des § 367 nr. 7 St.-G.-B. bedeutungslos war.

---

## 2. Gesetz, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung de 1. Juli 1883 § 59². Bedarf der Vertreter des Gewerbtreibenden eines Wanderscheins?

Revisionsurteil des Straffenats des Oberlandesgerichts de 24. Sept. 1884. Mo.

Die Müllerei gehört zwar in ihrem Hauptbetriebe, nämlich in der Herstellung von Mühlenfabrikaten, dem stehenden Gewerbebetriebe an, in manchen Gegenden hat sich daran ein durch Bedürfnis der Landkundschaft hervorgerufener Nebenbetrieb angeschlossen, das s. g. Pungenfahren, wobei der Müller Bestellungen auf abzumahlendes Korn im Kreise seiner Kundschaft aufsucht und gleichzeitig das abzumahlende Korn mitnimmt; dieser Nebenbetrieb bildet demnach eine Art des Gewerbebetriebes im Umherziehen. Das Regelmäßige wird sein, daß der Meister seine Thätigkeit dem Hauptbetriebe zuwendet und für den Nebenbetrieb die Kräfte seiner Gesellen und Knechte verwendet. Sollte daher das landesgebräuchliche Pungenfahren konserviert werden, so mußte die durch die Natur der Sache gebotene Betriebsweise Berücksichtigung finden. In der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 geschah dies in der Weise, daß der im § 58 nr. 2 gedachte Gewerbebetrieb, mithin auch das s. g. Pungenfahren im

§ 62 Abs. 1 von dem Verbot der Stellvertretung ausgenommen ward. Hieran hat die Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 nichts ändern wollen. In den Vorverhandlungen ist in keiner Weise angedeutet, daß das landesgebräuchliche Anbieten gewisser Arten gewerblicher Leistungen neuen Beschränkungen habe unterworfen werden sollen, im Gegenteil, die zu dem Gesetzentwurf herausgegebenen Motive gedenken S. 57 derjenigen Gewerbe, deren Leistungen im Wanderbetriebe an manchen Orten angeboten werden; es werden zu den im § 59 Ziffer 2 des Entwurfs bezielten Leistungen nach der Üblichkeit vieler Gegenden diejenigen der Müller, Glaser und ähnlicher Gewerbetreibender, „welche von Zeit zu Zeit auch ohne vorgängige Bestellung innerhalb eines bestimmten Bezirkes ihre gewerblichen Leistungen anbieten", gerechnet. Geändert ist in dieser Beziehung nur, daß derartige Gewerbetreibende nicht mehr des s. g. kleinen Legitimationsscheins (G.=O. v. 1869 § 58) bedürfen sollen, deshalb „mußte im § 59 Ziff. 2 (wie die Motive S. 57 ausführen) ein gewisser räumlich begrenzter Bezirk, innerhalb dessen der dort bezeichnete Gewerbebetrieb ohne Wandergewerbeschein gestattet sein soll, um deswillen durch das Gesetz bestimmt werden, weil die Unterbehörden mit dieser Art von Gewerbebetrieb überhaupt nicht mehr befaßt werden sollen, sie mithin nicht mehr in die Lage kommen, ihrerseits diesen Bezirk abzugrenzen, wie es im jetzigen § 59 der G.=O. vorgesehen ist." Deshalb hatte der Satz, daß der dem Müller erteilte kleine Legitimationsschein auch dessen Pungenfahrer decke, keinen Sinn weiter, es mußte vielmehr gesagt werden, daß, soweit der Müller eines Wandergewerbescheins nicht bedürfe, dasselbe auch für dessen Pungenfahrer gelte. Dies ist denn auch mit klaren Worten im § 60 d Abs. 2 der G.=O. v. 1883 gesagt, dieser Satz soll gerade an die Stelle des § 62 Abs. 1 der G.=O. von 1869 treten. Die Zulassung von Stellvertretern beim Wandergewerbe hat keineswegs ausgeschlossen werden sollen, man wollte nur keine Stellvertreter, die keines eigenen Wandergewerbescheins bedürfen, was mit dem Prinzip der von den Hausierern verlangten, wenn auch meist negativen persönlichen Garantien in Widerspruch treten

würde" (Motive S. 61). Ebendaselbst wird die Weglassung der im § 62 Abs. 1 der G.-O. v. 1869 enthaltenen Ausnahmen damit gerechtfertigt: „Ein großer Teil des durch diese Ausnahmen gedeckten Gewerbebetriebes soll fortan überhaupt nicht mehr an die Erteilung eines Wandergewerbescheins gebunden sein." Dies kann doch nur heißen: Wie früher der kleine Legitimationsschein in den Fällen § 58 Ziffer 2 nicht bloß den Wanderbetrieb des Meisters, sondern zugleich denjenigen seines Gehülfen deckte, so kommt jetzt im gleichen Falle die Befreiung vom Wandergewerbeschein mit dem Meister zugleich dessen Stellvertreter zu Statten. Dieser Intention entspricht der § 60 a; es heißt dort, nachdem in Abs. 1 nur angeordnet worden, der Wandergewerbeschein dürfe einem Andern nicht zur Benutzung überlassen werden, weiter:

> „Wer für einen Andern ein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben beabsichtigt, unterliegt für seine Person den Bestimmungen dieses Gesetzes."

Daraus folgt, daß der Vertreter, dem der Meister das Pungenfahren überläßt, ebensowenig wie der Meister selbst eines Wanderscheins bedarf, daß jedoch dem Vertreter, wenn die Voraussetzungen des § 57 Ziffer 1—4 vorliegen, ein derartiger Betrieb nach § 59 a untersagt werden kann. Im Übrigen sind im § 59 Ziffer 2 Schranken gegen ungebührliche Ausdehnung gesetzt, ein derartiges Anbieten muß landesgebräuchlich sein und darf nur innerhalb 15 Kilometer von dem Wohnorte des vertretenen Meisters erfolgen. Unverkennbar ist der Umstand, daß die hier vertretene Ansicht unter „Anbieten" auch das „Anbieten lassen" mitumfaßt, und daß sich gegen eine derartige Auslegung der Bundeskommissar in den Verhandlungen der Reichstagskommission rücksichtlich des Ausdrucks „Feilbieten" entschieden ausgesprochen hat (vgl. S. 39, 40 des Kommissionsberichtes), geeignet, Bedenken zu erregen. Indessen bedarf es kaum eines Hinweises auf die Verschiedenartigkeit des Feilbietens, also des eigentlichen Hausirverkehrs und des Anbietens eines eng begrenzten Kreises gewerblicher Leistungen innerhalb eines eng begrenzten Bezirkes; die bloße Inkongruenz des Wortes „an-

bietet" zu den Worten „in der Umgegend seines Wohnortes" darf nicht dazu führen, dem Willen des Gesetzgebers entgegen bei dem Anbieten der dort bezielten gewerblichen Leistungen die Verwendung von Stellvertretern auszuschließen und dadurch die dem Publikum und den Gewerbetreibenden gemachte Konzession wesentlich zu entwerten.

---

**3. Verordnung de 8. Dezember 1882, betreffend die Übernahme und den Betrieb von Agenturen zur Beförderung von Auswanderern. Steht der art. II dieser Verordnung in Widerspruch mit dem Reichsgesetz de 12. Oktober 1867 über das Paßwesen?**

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 8. Oktober 1884. Fa.

Dem Angeklagten, welcher ein konzessionierter Auswanderungsagent ist, fällt nach der Feststellung des angefochtenen Urteils zur Last, daß er als Agent im April 1884 einen Beförderungsvertrag nach Amerika mit dem Arbeitsmann Behr abschloß, ohne daß sich dieser zuvor durch Vorlegung eines Reisepasses als zur Reise legitimiert ausgewiesen hatte. Darin lag unzweifelhaft ein Zuwiderhandeln gegen die Landesverordnung vom 8. Dezember 1882, deren Nummer II den Auswanderungsagenten untersagt, Beförderungsverträge nach außereuropäischen Ländern mit solchen Reisenden abzuschließen, welche sich nicht zuvor durch Vorlegung eines Reisepasses als zur Reise legitimiert ausgewiesen haben. Gleichwohl ist in beiden Vorinstanzen nicht auf die den Agenten für den Fall der Zuwiderhandlung in der vorgedachten Verordnung angedrohte Strafe erkannt, vielmehr Angeklagter freigesprochen worden, weil der landesrechtlichen Bestimmung gegenüber der entgegenstehenden Bestimmung des Reichsgesetzes vom 12. Oktober 1867 über das Paßwesen eine Rechtswirkung nach art. 2 der Reichsverfassung nicht zukomme. Es kann jedoch nicht zugegeben werden, daß die landesrechtliche Bestimmung mit der reichsrechtlichen in Widerspruch

steht. Beide gehören verschiedenen Gebieten der staatlichen Aufsicht und Legislative an, die eine dem Paßwesen, die andere dem Betriebe der Agenten, welche sich mit dem Auswanderungswesen und der Beförderung von Reisenden nach außereuropäischen Ländern befassen, also Gebieten, deren Eigenartigkeit und Verschiedenheit schon aus art. 4 nr. 1 der Reichsverfassung und aus § 6 der Reichsgewerbeordnung erhellt. Die reichsrechtliche Norm hebt die bisherige Paßpflichtigkeit der Reisenden, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 9 des Reichsgesetzes vom 12. Oktober 1867, auf und beseitigt damit die Möglichkeit, daß die Reisenden bloß wegen Mangels eines Reisepasses mit Strafen belegt oder polizeilichen Belästigungen durch Anhalten oder Zurückweisen vor oder während der Reise unterworfen werden dürfen. Die landesgesetzliche Vorschrift dagegen wendet sich nicht direkt an die Reisenden und legt diesen keine Verpflichtungen auf, deren Nichterfüllung mit Bestrafung der Reisenden bedrohet würde, sondern regelt im Einklange mit § 6 der Gewerbeordnung den Betrieb der s. g. Auswanderungsagenten, macht diesen eine Auflage und bedrohet nur diese wegen der Unterlassung mit einer Strafe. In den Gründen des angefochtenen Urteils wird es auch nicht verkannt, daß ein direkter Widerspruch zwischen dem Landesgesetz und dem Reichsgesetz nicht vorliegt, es wird jedoch angenommen, daß auch die indirekte Nötigung des Reisenden, mit einem Reisepaß sich zu versehen, falls er die Annehmlichkeit sich verschaffen will, bei der Beförderung nach außereuropäischen Häfen der Vermittelung eines inländischen Agenten sich bedienen zu können, gegen das Reichsgesetz verstoße. Dies geht zu weit. Es ist eben der Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer und Auswanderungsagenten nach § 6 der Gewerbeordnung nicht freigegeben, es ist damit anerkannt, daß dieser Betrieb besonderer gesetzlicher Aufsicht und Kontrolle unterworfen werden darf, und kann die Zuläßigkeit derartiger Kontrollemaßregeln nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß in Folge derselben die Reisenden sich um Pässe zu bemühen haben, deren Erteilung nach § 1 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 12. Oktober 1867 regelmäßig nicht abgeschlagen werden darf, und

deren Kosten im § 8 Abs. 1 daselbst einen sehr mäßigen Betrag nicht überschreiten dürfen.

Beruhet demgemäß das freisprechende Urteil des Berufungsgerichts auf einer unzutreffenden Auffassung des zwischen dem § 1 des Reichsgesetzes vom 12. Oktober 1867 und dem Landesgesetze vom 8. Dezember 1882 nr. II bestehenden Verhältnisses, so war dasselbe aufzuheben und die Sache in Gemäßheit der §§ 393, 394 St.-Pr.-O. zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück zu verweisen. Bemerkt wird, daß die dem angefochtenen Urteile zu Grunde liegenden thatsächlichen Feststellungen Bestand behalten, da sie durch die Gesetzesverletzung in keiner Weise mitbetroffen werden.

---

**4. Mecklenburg-Strelitz'sche Verordnung de 27. Februar und 17. Juni 1830 wegen des Verbotes des Herumlaufens der Hunde in den Wäldern und Wildbahnen. Sind die Strafbestimmungen dieser Verordnungen durch spätere Landesgesetze aufgehoben? Ist Verschuldung des Eigentümers der Hunde Voraussetzung der Bestrafung?**

Revisionsurteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 10. Januar 1883. Do.

Angeklagter ist, weil seine 3 Windhunde beim Umherstreifen auf der zum Großherzoglichen Domanium gehörigen Feldmark G. nicht den vorschriftsmäßigen Knüppel (§ 1 der Verordnung vom 27. Februar 1830) am Halse gehabt, und weil bei dieser Gelegenheit einer dieser Windhunde ein Reh erwürgt hat, in Gemäßheit der Verordnung vom 17. Juni 1830 und 27. Februar 1830 § 3 durch das in der Berufungsinstanz bestätigte Urteil des Schöffengerichts St. vom 26. August 1884 zu 6 Mk. und zu 30 Mk., zusammen zu 36 Mk. Geldstrafe, aushülflich 7 Tage Haft, ferner zur unentgeltlichen Ablieferung des gelbbraunen Windhundes an den Jägerhof zu N.-St., sowie zur

Tragung der Kosten verurteilt worden. Die von demselben gegen das Berufungsurteil vorschriftsmäßig eingelegte Revision ist zunächst darauf begründet, daß die Verurteilung auf Grund von Rechtsnormen erfolgt sei, welche bereits durch § 24 der Verordnung vom 22. April 1864 aufgehoben worden; letzterer bestimmt nämlich, daß mit dem 1. Juli 1864 die Verordnung vom 8. März 1841, betreffend die Wilddieberei und Jagdfrevel, mit allen dieselbe ergänzenden und erläuternden Bestimmungen erlöschen solle. Angeklagter rechnet nun zu den dort bezielten ergänzenden und erläuternden Bestimmungen auch die Verordnung vom 27. Februar und 17. Juni 1830, jedoch mit Unrecht. Es sind die eben gedachten Verordnungen von vorneherein als Spezialgesetze für das landesherrliche Jagdgebiet erlassen, sie sind auch bei Publikation des Landesgesetzes vom 8. März 1841 nicht als Ergänzungen desselben behandelt worden, für welchen Fall deren Aufnahme in das Landesgesetz sich als sachgemäß empfohlen haben würde, vielmehr hat man sie als Spezialgesetze für das Großherzogliche Domanium neben dem allgemeinen Landesgesetze angesehen. Dieser Auffassung entsprechend ist denn auch durch das landesherrliche Publikandum vom 8. März 1841 (Scharenberg und Genzken, Gesetzsammlung II S. 514) nur „zur Vermeidung von Mißverständnissen" bekannt gemacht, daß durch die unter demselben Datum erlassene allgemeine Verordnung, betreffend Wilddieberei und Jagdfrevel, die unterm 27. Februar und 17. Juni 1830 für die Großherzoglichen Domainen erlassenen Verordnungen wegen des verbotenen Herumlaufens der Hunde in den Wäldern und Wildbahnen nicht aufgehoben worden seien. Der Umstand nun, daß in Betreff der Wilddieberei und des Jagdfrevels die allgemeinen Landesgesetze eine Umarbeitung erlitten, daß an die Stelle des Gesetzes vom 8. März 1841 dasjenige vom 22. April 1864 getreten, und daß dieses wieder dem Gesetze vom 14. Januar 1871 hat weichen müssen, berührt an sich den Fortbestand eines für einen gewissen Landesteil erlassenen Spezialgesetzes nicht. Besondere Gründe für die Annahme, daß es in der Absicht des § 24 der Verordnung vom 22. April 1864 gelegen, mit der Verordnung

vom 8. März 1841 auch die neben denselben in Gültigkeit gewesenen Ausnahmen von ihren Regeln zu beseitigen, liegen nicht vor.

Die Verordnungen vom 27. Februar 1830 im § 3 und vom 17. Juni 1830 in ihrem ersten Teile knüpfen ihre gegen den Eigentümer des Hundes gerichteten Strafandrohungen lediglich an die Thatsache, daß der Hund ohne den vorschriftsmäßigen Knüppel am Halse in den Waldungen und Wildbahnen des Großherzoglichen Domanium umhergelaufen ist und bezw. dort ein Stück Wildbret erwürgt oder tödlich beschädigt hat. Die Verbindung der Strafandrohung mit einer bloßen Thatsache weiset genügend darauf hin, daß es des Nachweises einer Verschuldung des Eigentümers nicht bedürfen soll. Es erklärt sich dies aus der polizeilichen, auf den Schutz des Wildstandes berechneten Tendenz dieser Gesetze, sowie auch daraus, daß nach der Verordnung vom 17. Juni 1830 wegen aller in der Verordnung vom 27. Februar 1830 bezeichneten Hunde das Anlegen der Knüppel als eine ständig zu beobachtende Vorsichtsmaßregel geboten ist. Es ist daher auch der weitere Angriff der Revision, daß es an dem, nach § 1 des Strafgesetzbuches unerläßlichen Nachweise einer schuldvollen Handlung des Angeklagten fehle, unzutreffend, da die jagdpolizeilichen Landesgesetze nach § 2 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 neben dem Strafgesetzbuche in Kraft geblieben sind.

---

5. **Viehseuchengesetz de 23. Juni 1880 § 66⁴. Ist nur die wissentliche Zuwiderhandlung gegen die polizeilich angeordneten Schutzmaßregeln mit Strafe bedroht? Unter welchen Voraussetzungen enthält das Herauslassen des Viehes aus dem Stalle keine Verletzung der angedroheten Stallsperre?**

Die Gründe des Urteils des Straffenats des Oberlandesgerichts de 25. April 1885 — Re. —, aus denen der Thatbestand ersichtlich ist, lauten bezüglich der vorstehenden Fragen:

Wegen der unter den Schafen zu W. seit längerer Zeit herrschenden Räude hatte am 7. Oktober 1884 der Amtsassessor W. als Beamter des Großherzoglichen Amtes N. in Maßgabe des § 22 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1880 bei persönlicher Anwesenheit in W. für sämtliche dortigen Schafe die Stallsperre angeordnet und dem Schulzen D. daselbst die Bekanntmachung dieser Anordnung in ortsüblicher Weise aufgetragen. Letzteres geschah durch den Schulzen in der von diesem zu dem Zweck berufenen Dorfversammlung vom 8. Oktober v. J., zu welcher die Angeklagten gleichfalls geladen, die beiden Mitangeklagten R. und H. aber nicht erschienen waren. Letztere sind nachträglich, und zwar spätestens am 16. Oktober durch den Schulzen von der fraglichen Anordnung in Kenntnis gesetzt worden. Entgegen den Angaben der Angeklagten, denen zufolge der Schulze ihnen nur aufgegeben haben soll, die Schafe im Stalle zu behalten, bezw. die Schafe zu Hause zu behalten und nicht zur Weide zu lassen, ist als festgestellt erachtet, daß die Anordnung der „Stallsperre" für sämtliche Schafe ortsüblich durch den Schulzen D. bekannt gemacht ist, und daß Angeklagte solche Anordnung gekannt haben, wenigstens für die hier allein interessirende Zeit vom 16. Oktober ab.

Rücksichtlich der den Angeklagten zur Last gelegten Zuwiderhandlungen ist in dem angefochtenen Urteile das Nachstehende festgestellt.

Am 20. Oktober 1884 sind zwar während Abwesenheit des Angeklagten R., jedoch auf dessen Anordnung, dessen Schafe aus dem Stalle auf den Hof zum Trinken von dem 10jährigen Sohn des R. herausgelassen. Die Schafe sind durch ein offenstehendes Heck vom Hof in den Garten gelaufen, wo sie sich, wenn auch nur kurze Zeit, aufgehalten, dann sind sie vom R.'schen Sohn zurückgetrieben und wieder in den Stall gebracht. Angeklagter hat sich trotz der Stallsperre für befugt gehalten, zum Zweck des Tränkens die Schafe nach dem Hofe hinaus zu lassen, er hat auch darauf Bedacht genommen, alsdann den Zugang vom Hof zum Garten geschlossen zu halten.

An demselben Tage hat der Angeklagte L. zum Zweck einer

notwendigen Desinfektion des Stalles seine Schafe ebenfalls auf den Hof gelassen, ohne sie dort unter Aufsicht zu halten. Die Schafe sind durch die offene Pforte in den Garten gelaufen und vom Angeklagten, nachdem dieser von seinem Schwiegervater hiervon Kenntnis erhalten, alsbald auf den Hof zurückgetrieben worden. Zum Auslassen der Schafe auf den Hof hat auch er sich für berechtigt gehalten, zumal die vorschriftsmäßige Reinigung des Stalles dessen Räumung notwendig gemacht habe.

Ebenso hat H. seine Schafe am 20. Oktober aus dem Stalle auf den Hof gelassen, da er seinen Stall ausdüngen wollte, dies aber ohne Entfernung der Schafe aus dem Stalle sich nicht bewerkstelligen ließ. Vom Hof sind die hier nicht gehüteten Schafe über den niedrigen Zaun hinweg in den Garten gelaufen, jedoch alsbald vom Angeklagten zurückgeholt. Auch er hat sich berechtigt gehalten, die Schafe bei Ausdüngung des Stalles auf den Hof zu lassen.

Auf Grund dieser Feststellungen ist angenommen, daß die drei Angeklagten zwar nicht wissentlich, wohl aber aus strafbarer Fahrlässigkeit und Unachtsamkeit der vom zuständigen Großherzoglichen Amt N. angeordneten Schutzmaßregel der Stallsperre zuwider gehandelt haben. Demgemäß ist deren Berufung gegen das Urteil des Schöffengerichts L. vom 6. Januar d. J. ad [3], worin die Angeklagten auf Grund der §§ 22 und 66 nr. 4 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1880 jeder in eine Geldstrafe von 5 Mk., aushülflich 1 Tag Haft, sowie zur Tragung der Kosten verurteilt sind, durch Urteil der Strafkammer I des Großherzoglichen Landgerichts S. vom 2. März d. J. ad [8] als unbegründet verworfen, und sind die Kosten der Berufungsinstanz den Angeklagten zur Last gelegt worden.

Die von den Angeklagten eingelegte Revision, deren Förmlichkeiten gewahrt sind, konnte nicht für begründet erachtet werden.

Die Ansicht, daß zum Thatbestand des § 66 nr. 4 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1880 eine vorsätzliche Verletzung der Stallsperre erfordert werde, ist nicht haltbar. Nach dem Eingange des fraglichen § 66 ist die dort gesetzte Strafe nur für den Fall angedrohet, „sofern nicht nach den bestehenden

gesetzlichen Bestimmungen eine höhere Strafe verwirkt ist". Letzteres ist aber nach § 328 St.-G.-B. alsdann der Fall, wenn Jemand die Absperrungsmaßregeln ꝛc., welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des . . . Verbreitens von Viehseuchen angeordnet worden sind, wissentlich verletzt." Darnach bildet dies wissentliche Zuwiderhandeln gegen die Stallsperre den Thatbestand eines besonderen Vergehens, und bleiben für die Beahndung als Übertretungen aus § 66 cit. nur die Fälle übrig, in denen die Nichtbefolgung lediglich auf Unachtsamkeit, Vergeßlichkeit oder überhaupt auf Fahrlässigkeit beruht. Das Gesetz hat auch diese Fälle unter Strafe stellen wollen, um die strikte Ausführung derartiger polizeilicher Anordnungen zu sichern; vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. VI S. 159—161.

Die Auffassung der Angeklagten, daß die Anordnung der Stallsperre nicht streng wörtlich, sondern nur mit gewissen Beschränkungen zu verstehen sei, und namentlich das Auslassen der Schafe, um sie auf dem Hofe zu tränken, nicht ausschließe, betrifft kein Thatbestandsmoment, sondern die Auslegung einer von ihnen zu befolgenden Norm, würde mithin, wenn fehlsam, einen Rechtsirrtum enthalten. Sie handelten auf ihre Gefahr, wenn sie ihrer Auslegung folgten und nicht über die zulässigen Ausnahmen von der Stallsperre Belehrung bei der verordnenden Behörde suchten; der Dorfschulze war nur für die Bekanntmachung, nicht für die Auslegung des Verbots zuständig.

Die beiden voraufgegangenen Urteile sind ganz richtig davon ausgegangen, daß keine weiteren Ausnahmen von dem strikt zu interpretierenden Verbote zugelassen werden dürfen, als die Fälle, in denen das vom Kreistierarzt angeordnete Heilverfahren im Herauslassen der Schafe aus den Ställen mit sich bringt, oder Zwecke der Wirtschaft es absolut erforderlich machen. Weiter ist dem Satze beizutreten, daß in solchen Notfällen die Freilassung der Schafe, soweit möglich, zeitlich wie örtlich zu beschränken ist, weil mit jeder weitern Entfernung der Schafe die Gefahr der Verbreitung des Ansteckungsstoffes zunimmt.

Das Vorhandensein eines Notstandes ist beim Angeklagten

R. mit Recht verneint, da das Tränken der Schafe auch im Stalle besorgt werden konnte. Bei L. ist freilich vom Berufungsrichter ein Notfall anerkannt, und kann dahin gestellt bleiben, ob ein solcher nicht für H. vorgelegen hätte, wenn das Ausdüngen des Stalles wirtschaftlich notwendig gewesen wäre; jedenfalls haben die beiden letztgedachten Angeklagten, ebenso wie R., darin gefehlt, daß sie keine Anordnungen getroffen, um die Schafe beim Herauslassen aus dem Stalle auf einen möglichst kleinen Raum des Hofes zusammen zu halten; durch solche Unachtsamkeit ward aber das Entweichen der Schafe vom Hofe nach dem Gehöftsgarten ermöglicht.

---

**6. Strafgesetzbuch § 286, Reichsstempelgesetz de 1. Juli 1881 §§ 12 und 16. Ist es eine öffentliche Ausspielung, wenn ein Fabrikarbeiter die Loose nur innerhalb der Fabrikräume feilgeboten hat und darauf hin die Ausspielung erfolgt ist?**

Der Strafsenat des Oberlandesgerichts hat diese Frage verneint.

Die Gründe des bezüglichen Beschlusses de 18. April 1885 — Ha. lauten:

Nach den in gegenwärtiger Instanz angestellten Ermittelungen hat der Angeschuldigte, nachdem er Loose zum Ausspielen einer Harmonika von seiner Frau hatte schreiben lassen, dieselbe in der Frühstücksstube der Papierfabrik zu N.-C., in welcher er arbeitete, während der Frühstückszeit zum Verkauf ausgeboten und meistens verkauft. Demnächst hat die Verloosung ohne seine Beteiligung stattgehabt. In die Frühstücksstube kommen vornehmlich die mit dem Angeschuldigten auf dem Lumpenboden Beschäftigten, etwa 40, aber auch andere von den 100—180 Arbeitern der Fabrik. Wenn nun auch die Fabrikarbeiter im Tagelohn oder Akkord stehen und weder Wohnung noch Beköstigung von der Fabrik erhalten, so ist doch davon auszugehen,

daß durch die gemeinschaftliche Arbeit eine solche Beziehung zwischen ihnen begründet wird, daß das an eine Anzahl derselben geschehene Anbieten der Loose, zumal da dasselbe innerhalb der Fabrikräume erfolgte, als an einen engeren Kreis, nicht als allgemein an das Publikum stattgehabt, mithin nicht als das öffentliche Veranstalten einer Lotterie angesehen werden kann. Auch ein Vergehen gegen die §§ 12 und 16 des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 liegt nicht vor, weil nach nr. III, 5 des Tarifs zu demselben nur die Ausweise über Spieleinlagen bei öffentlich veranstalteten Ausspielungen einer Stempelabgabe unterliegen. Demnach, und da auch die in dem angefochtenen Beschluß im Kostenpunkt getroffene Entscheidung zu Bedenken keine Veranlassung bot, war die Beschwerde, wie geschehen, zurückzuweisen, und mußten die Kosten derselben nach §. 505 Abs. 1 der Staatskasse zur Last gelegt werden.

---

### 7. Strafgesetzbuch § 308. Kann eine an sich erhebliche Quantität von Stroh noch als „Vorrath von landwirtschaftlichen Erzeugnissen" gelten, wenn dasselbe als Bedeckung auf eine Eismiete gelegt ist?

In einem Beschlusse des Straffenats des Oberlandesgerichts de 13. Mai 1885 — Go. ist diese Frage verneint aus folgenden Gründen:

Der Angeschuldigte ist dringend verdächtig, durch Fahrlässigkeit, nämlich durch das Wegwerfen eines oder mehrerer brennender Streichhölzer das Stroh über einer Eismiete auf der Brauerei zu Paulshöhe bei Schwerin in Brand gesetzt zu haben. Die Eismiete bestand aus einem Haufen Eis, welches auf dem Erdboden aufgetürmt und mit Stroh, etwa 2 Bund übereinander, zugedeckt war. Um dem Stroh Haltung zu geben, war es mit Stangen belegt, die untereinander durch Nägel verbunden waren. Es waren 10 bis 15 Fuder Stroh zur Miete verbraucht, dasselbe ist zu $^2/_3$ verbrannt. Die Stangen sind an-

gekohlt und das Eis ist geschmolzen, so daß ein ziemlich erheblicher Schade entstanden ist. Die Eismiete war nur provisorisch gesetzt, und sollte das Eis 8—14 Tage nach dem am 29. März stattgehabten Brande anderweitig untergebracht werden. — Das Stroh über der Eismiete kann nun nicht als Vorrat landwirtschaftlicher Erzeugnisse angesehen werden. Nach allgemeinem Sprachgebrauch erfordert der Begriff des Vorrats ein größeres, zur künftigen Verwendung zusammengebrachtes Quantum; vergleiche auch

Oppenhof, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage Note 6 zu § 308.

Der besondere Schutz des § 308 fällt hinweg, sobald eine Verarbeitung oder eine Veränderung der Substanz, wie z. B. durch Verwandlung des Strohes in Dächer eingetreten ist.

Schwarze, Kommentar Note 11 zu § 308, Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 2, 82.

Von weiteren Nachforschungen darüber, ob nicht im vorliegenden Fall durch das Lagern des Strohes im Freien eine Veränderung der Substanz eingetreten war, ist jedoch abzusehen, weil dasselbe bereits zum Decken der Eismiete verwendet war, somit nicht mehr als zur künftigen Verwendung zusammengebracht aufgefaßt werden kann. Hieran ändert auch der von der Großherzoglichen Staatsanwaltschaft hervorgehobene Umstand, daß die Eismiete nach 8—14 Tagen abgefahren werden sollte, und dann das Stroh möglichenfalls noch eine andere Verwendung hätte finden können, nichts, da trotzdem zur Zeit des Brandes das Stroh als verwendet, nicht als zur künftigen Verwendung reserviert angesehen werden muß. — Mit der im Vorstehenden gegebenen Auffassung des Begriffs „Vorrat von landwirtschaftlichen Erzeugnissen" steht das Urteil des Reichsgerichts im 10. Bande der Entscheidungen S. 186 fg. und die daselbst aufgestellte Definition, bezüglich welcher zu erwägen ist, daß es in dem dort vorliegenden Falle an aller Veranlassung fehlte, die hier streitige Frage zu besprechen, nicht im Widerspruch. — Auch als Magazin ist eine aufgehäufte und mit Stroh bedeckte Quantität Eis in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Be-

schluß nicht aufzufassen, und war demgemäß die Beschwerde gegen denselben, welcher auch im Kostenpunkte zu Bedenken keine Veranlassung giebt, unter Verurteilung der Staatskasse in die Kosten der Beschwerdeinstanz zurückzuweisen.

---

### 8. Ist ein mecklenburgischer Kirchenökonomus ein Beamter im Sinne des § 359 des Straf-Gesetzbuches?

In dem Urteile der Strafkammer des Landgerichts zu Güstrow de 5. April 1881 in der Strafsache gegen den früheren Kirchenökonomus W. zu N. wegen Vergehens wider § 350 St.-G.-B. wird diese Frage bejaht aus folgenden Gründen:

„Im ständischen Staate muß auf alle landesherrlichen Diener, welche nicht lediglich für die persönlichen Zwecke des Landesherrn thätig sind, der Begriff des Staatsbeamten angewendet werden ... Die Anstellung des Angeklagten geschah durch den Landesherrn als Oberbischof der Landeskirche unter Vermittelung des Oberkirchenrats, und es bildete die Verwaltung des der kirchlichen Stiftung zu St. gehörigen Vermögens den Gegenstand des ihm übertragenen Amtes. Hiernach erscheint er zwar als Kirchendiener, aber als landesherrlicher Diener war er zugleich berufen, für die Herbeiführung der Zwecke des Staats als Organ desselben unter öffentlicher Autorität thätig zu sein. Denn da diese Zwecke mit der kirchlichen Vermögensverwaltung innig verbunden sind und der Landesherr die Eigenschaften des Staatsoberhauptes und des Trägers des Kirchenregiments in sich vereinigt, so muß angenommen werden, daß die Einsetzung besonderer Organe für die kirchliche Vermögensverwaltung durch den Landesherrn nicht allein im kirchlichen Interesse geschieht, um den Fortbestand richtiger Lehr- und Sakramentsverwaltung sicher zu stellen, sondern auch zur Wahrnehmung der unmittelbaren Interessen des Staats. Dem steht auch nicht die alleinige Mitwirkung des Oberkirchenrats als desjenigen Organs, welches zur Ausübung der kirchenregimentlichen

Funktionen des Landesherrn berufen ist, bei der Anstellung entgegen. Denn eine rechtliche Sonderung dieser Funktionen von denjenigen der Kirchenhoheit ist dem lutherischen Kirchenrecht prinzipiell fremd und hat auch landesgesetzlich nicht stattgefunden. Aus dem Zusammenfließen der kirchlichen und staatlichen Sphäre in der Person des Landesherrn darf nun zwar nicht gefolgert werden, daß die lutherische Landeskirche einen Teil des Staates bildet; vielmehr erscheint dieselbe in ihrer Existenz völlig von demselben unabhängig, und Pflicht und Recht des Staates ist es, mit seinen obrigkeitlichen Mitteln für die Kirche zu wirken. Allein andererseits darf auch den selbständigen staatlichen Zwecken in Bezug auf die Stellung der Kirche und insbesondere auf die Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten nicht um deswillen die Geltung abgesprochen werden, weil sich in Folge jener Verschmelzung ein besonderes Oberaufsichtsrecht des Staates zwecks Wahrnehmung jener unmittelbaren Interessen nicht ausgebildet hat. Und wenn nach der Ausführung des Reichsgerichts in Bd. III nr. 97 der von den Mitgliedern des Gerichtshofes herausgegebenen Entscheidungen die Beamteneigenschaft des von dem Kirchenvorstande angestellten Rendanten einer katholischen Kirchengemeinde in Preußen dadurch begründet wird, daß der Staat kraft seiner Kirchenhoheit die Aufsicht über die Vermögensverwaltung der Pfarrgemeinden als privilegierter öffentlichrechtlicher Korporationen führe und zur Förderung seiner eigenen Zwecke für die Besorgung der kirchlichen Vermögensangelegenheiten Normen vorschreibe und Organe einsetze, so liegt es nahe, die Beamteneigenschaft um so mehr bei denjenigen Personen anzunehmen, welche in der lutherischen Landeskirche der Träger der Staatsgewalt selbst zur Verwaltung des Kirchenvermögens anstellt. Diese Auffassung entspricht auch der historischen Entwickelung. Anerkannt ist es nicht nur nach den Prinzipien des gemeinen Kirchenrechts, sondern auch nach der mecklenburgischen Kirchenverfassung, daß die Verwaltung des Kirchenvermögens den Predigern und den Kirchenvorstehern, wo solche vorhanden sind, obliegt und zukommt. Weder der Patron, welchem vielmehr von jenen darüber Rechnung abzulegen ist, noch das

Kirchenregiment, welches nur die Aufsicht zu führen hat, hat die unmittelbare Administration des Kirchenvermögens. Wenn aber dessenungeachtet die Landesherren und in einzelnen Fällen die Magistrate bei denjenigen Kirchen, welche ein beträchtliches Vermögen besaßen, schon früher besondere Ökononomie und Provisores anstellten, so geschah dies zu einer Zeit, in welcher man die Verwaltung der kirchlichen Angelegenheiten geradezu als eine Seite der Staatsverwaltung behandelte. Demgemäß hatten jene Beamte, obwohl sie kirchliche Nebenbediente waren, doch einen vorwiegend weltlichen Charakter. So wurde unter Andern ihr Rangverhältnis zu den Ratsherren in den Städten festgestellt und die Verordnung vom 15. März 1712 wegen Unterschlagung herzoglicher Gelder durch Beamte auf sie anwendbar erklärt.

S. Const. per Circulare an die Superintendenten vom 18. Juni 1756.

Const. v. 12. Dezember 1749.

Siggelkow, Handbuch des mecklenburgischen Kirchen- und Pastoralrechts § 230—232, S. 190 ff.

Hat sich nun auch die Ansicht über die Stellung der Kirche im Staate gegenwärtig geändert, so muß doch, wie oben gezeigt ist, daran festgehalten werden, daß die Kirchenökonomie und -provisores wegen des inneren Zusammenhanges der kirchlichen Vermögensverwaltung mit den allgemeinen Zwecken des Staats auch als Beamte des Letzteren anzusehen sind."

---

## 9. Über die Bestrafung von Dienstvergehen der Dienstboten und Gutsleute nach mecklenburgischem Rechte. Ist die gewohnheitsrechtliche Strafnorm durch § 2 des Strafgesetzbuches aufgehoben?

Der Strafsenat des Oberlandesgerichts hat in einer Reihe von Entscheidungen die Strafbarkeit der Dienstvergehen von Dienstboten und Gutsleuten auf Grund eines bestehenden Gewohnheitsrechts anerkannt und dabei wesentlich die Begründung

aufrecht erhalten, welche in dem ersten Bande dieser Zeitschrift pag. 133 ff. aus den einzelnen Entscheidungen angegeben ist. In Veranlassung einer abweichenden Entscheidung der zweiten Strafkammer des Großherzoglichen Landgerichts zu S. hat sich das Oberlandesgericht in den Gründen des abändernden Urteils de 6. Juni 1885 — Be — dahin ausgesprochen:

Die Bestimmung des § 2 des Strafgesetzbuches, daß eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde, stellt zunächst den Grundsatz auf, daß die Strafsatzung keine rückwirkende Kraft ausübe. Dieselbe reproduziert den § 2 des preußischen Strafgesetzbuches:

> „Kein Verbrechen, kein Vergehen und keine Übertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."

Diese eben angeführte Bestimmung bezielte nach Ausweis der ihr voraufgegangenen Verhandlungen, s. Goltdammer, Materialien zum Preuß. Strafgesetzbuch Bd. I S. 53 bis 55, sowohl die Ausschließung der Analogie, also auch die Unzulässigkeit der rückwirkenden Kraft. Auch vom Reichsgerichte ist in den Entscheidungen in Strafsachen Band III S. 152 anerkannt, daß der § 2 des deutschen Strafgesetzbuches es für unstatthaft erkläre, daß das gegebene Strafgesetz durch Analogie über seinen gesetzlichen Rahmen hinaus auszudehnen. In der Doktrin des deutschen Strafrechts ist zwar die Meinung die herrschende, daß durch den eben zitierten § 2 auch die Feststellung von Strafsatzungen auf dem Wege der Gewohnheit und des Gerichtsgebrauches ausgeschlossen werde. Aber es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß auch für diejenigen Materien, welche nicht Gegenstand des deutschen Strafgesetzbuches sind, und für welche zufolge des § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche die besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts in Kraft geblieben sind, die Geltung des Gewohnheitsrechts durch § 2 des St.-G.-B. ausgeschlossen sei. Der I. Entwurf des Einführungsgesetzes zum St.-G.-B. hatte im art. III, dem der jetzige Absatz 2 des § 2 entspricht, die Fassung:

„Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze, insoweit sie Gegenstände betreffen, rücksichtlich derer das gegenwärtige Strafgesetzbuch nichts bestimmt, namentlich u. s. w."

Der Bundesrats-Entwurf hat in der von ihm aufgestellten Fassung, welche demnächst zum Gesetz erhoben ist, statt des Ausdrucks „die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze" den Ausdruck „die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechts" gesetzt, s. Olshausen, Kommentar zum St.-G.-B. 2. Aufl. I. Lief. S. 9. Dieser Ausdruck schließt das Landesgewohnheitsrecht nicht aus. Dasselbe hat somit seine Geltung für die Materien behalten, für welche überhaupt das Landesstrafrecht in Kraft geblieben ist. Da nach § 7 des Einführungsgesetzes zur St.-P.-O. Gesetz im Sinne derselben jede Rechtsnorm ist, und da somit auch im § 453 derselben unter dem Ausdruck „Strafgesetz" jede strafrechtliche Norm zu verstehen ist, so ist das in diesem § 453 bezielte, polizeiliche Strafverfahren auch hinsichtlich der Übertretungen solcher strafrechtlicher Normen statthaft, welche auf Gewohnheitsrecht beruhen und Materien betreffen, für die das Landesstrafrecht in Kraft geblieben ist. Eine solche Materie ist die Bestrafung der Dienstvergehen des Gesindes. In dieser Beziehung hat sich für diejenigen Teile des Landes, für welche es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Strafandrohung fehlt, ein konstantes, das strafrichterliche Einschreiten begründendes Gewohnheitsrecht herausgebildet, dessen fortdauernde Geltung in wiederholten Entscheidungen dieses Gerichts anerkannt ist. Auch in der Landesgesetzgebung hat solches Gewohnheitsrecht wiederholt positive Anerkennung gefunden. Letzteres erhellt u. A. aus den Bestimmungen des § 33 der Anl. III zum Rekrutierungsgesetze vom 22. Februar 1880 und des § 23 der Anl. III zum Rekrutierungsgesetze vom 23. Juli 1856, welche den in der Mecklenburgischen Zeitschrift 2c. Bd. I S. 138 und 139 angeführten Bestimmungen der dort citierten Mecklenburg-Strelitz'schen Rekrutierungsgesetze entsprechen. Durch jene Bestimmungen ist die Berechtigung eines strafrechtlichen Einschreitens in Fällen eines dienstwidrigen Verhaltens

anerkannt und solches Einschreiten der Lokal-Obrigkeit zugewiesen. Die Verordnung vom 2. April 1864, betreffend die Bestrafung der Dienstvergehen der Gutsleute in den ritterschaftlichen Gütern, ist laut ihres Einganges dadurch veranlaßt, daß Zweifel darüber aufgekommen waren, ob und inwieweit die Untersuchung und Bestrafung der Dienstvergehen der Gutsleute in den ritterschaftlichen Gütern ausschließlich zu der Kompetenz der Patrimonialgerichte gehöre, oder ob und inwieweit wegen derselben eine polizeiliche Untersuchung und Bestrafung von Seiten der Gutsobrigkeit stattfinde. Indem in der Verordnung zur Beseitigung dieser Anstände Bestimmungen getroffen werden, wird in derselben die Strafbarkeit der Dienstvergehen der Gutsleute in den ritterschaftlichen Gütern nicht bloß vorausgesetzt, sondern ausdrücklich anerkannt. In den Motiven zu dem Entwurfe ist zum § 1 bei der Bemerkung, daß als Regel nur bestimmt werden könne, daß die Ahndung der Dienstwidrigkeiten, die keinen kriminellen Charakter haben, eine polizeiliche sein müsse, auch noch hervorgehoben, dies entspreche auch der polizeilichen Behandlung derselben in den Städten und dem Domanium. Wenn nun auch diese Verordnung eine Definition derjenigen Thatbestände, welche nach dem Willen des Gesetzgebers — abgesehen von der eigenmächtigen Entweichung aus dem Dienste — unter jene Dienstvergehen zu begreifen sind, nicht enthält, so ist doch deswegen diese Verordnung nicht für ungeeignet zu erkennen, um auf dieselbe einen strafrichterlichen Ausspruch zu gründen. Im deutschen Strafgesetzbuch ist eine Begriffsbestimmung der Beleidigung (im engeren Sinne s. § 185) ebensowenig wie im preußischen Strafgesetzbuche gegeben worden. In den Motiven jenes Gesetzbuches ist dazu bemerkt, daß ein Bedürfnis nach einer derartigen Begriffsbestimmung sich auch in der Rechtsübung nicht fühlbar gemacht habe. Ebenso durfte die Landesgesetzgebung es bei der durch die Rechtsübung getroffenen Fixierung des Begriffs der Dienstvergehen bewenden lassen. Wenn auch die Verordnung vom 22. Juni 1763, betreffend das Verbot des Auswanderns und der Verleitung dazu speziell nur die Dienstentweichung der freien Unterthanen sowie der leibeigenen Unterthanen mit obrigkeitlichem

Einschreiten und mit Strafe bedroht, so ist daraus nicht zu folgern, daß in der Bestimmung sub 4, durch welche gegen die Amtsobrigkeiten und Guts- oder Brodherrschaften, falls diese sich einer ungebührlich harten Begegnung wider die Unterthanen oder Dienstboten schuldig machen würden, „nicht weniger, als gegen die Unterthanen und Dienstboten, ernstliches Einsehen“ angedroht ist mit dem hier zum Vergleich herangezogenen Einschreiten gegen die Unterthanen und Dienstboten nur das wegen Dienstentweichung stattfindende Einschreiten wider dieselben bezielt sei. Es läßt sich vielmehr die angeführte Äußerung überhaupt auf das obrigkeitliche Einschreiten wider die Unterthanen und Dienstboten wegen Dienstvergehen im Allgemeinen beziehen. Dafür spricht auch die Parallele, welche hinsichtlich des Einschreitens gegen die Pächter wegen ungebührlich harter Behandlung der Unterthanen und Dienstleute sowie hinsichtlich des Einschreitens gegen die Unterthanen und Dienstleute wegen Dienstvergehen sich im § VI der Hofdienstordnung vom 4. Juni 1753 und insbesondere in der dieselbe erneuernden Verordnung vom 17. August 1776 (— s. Parchim'sche Gesetzsammlung 2. Auflage Bd. IV S. 82 und 84 —) ausgesprochen findet. Daß überhaupt die älteren Verordnungen, wie auch die Polizei-Ordnung von 1572. §. Von Dienstboten &c. und die Gesinde-Ordnung vom 14. November 1654 tit. III, insbesondere den Anfang und das Ende des Dienstverhältnisses unter obrigkeitlichen Schutz stellen und, abgesehen von der Dienstentweichung, die sonstigen während der Dauer des Dienstverhältnisses vorkommenden Dienstvergehen nicht ausdrücklich erwähnen, erklärt sich daraus, daß für die Dauer des Dienstverhältnisses das Strafrecht ursprünglich in der hausherrlichen Gewalt ruhte. Mochte dieses bei seiner Entstehung einen Ausgangspunkt von dem Züchtigungsrecht haben, welches abhängigen und unfreien Leuten gegenüber bestand, es ist alsbald als Befugnis des Dienstherrn allgemein zur Anerkennung gekommen. Der Entwickelungsgang ist im hiesigen Lande derselbe gewesen, wie in den übrigen deutschen Ländern, und wie er von Sickel, die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen

in Deutschland, Halle 1876 S. 104 bis 106 dargestellt ist. Die neueste Gesetzgebung in den deutschen Ländern hat der hausherrlichen Strafgewalt die Anerkennung versagt, meist nur dadurch, daß sie dieses Recht schweigend überging. Die Wandelung ist die gewesen, daß an Stelle der hausherrlichen Strafgewalt auch zum Schutze der Dienstleistungen während des dauernden Vertragsverhältnisses die staatliche Strafgewalt getreten ist, aber beide sind auch schon früher nebeneinander hergegangen.

Für das Mecklenburg-Schwerinsche Domanium ist schon im vorigen Jahrhundert das Einschreiten der Beamten wegen Dienstvergehen der Unterthanen und Dienstleute gesetzlich verordnet.

Die Hofdienstordnung von 1705 (s. Parchim'sche Gesetzsammlung, 2. Aufl. Bd. IV S. 70 bis 74) verordnet sub 55:

> „Haben die Pensionarien mit der Unterthanen Diensten und Vieh christlich und billig zu verfahren, sie nicht unnöthigerweise mit Fluchen und Prügeln anzutreiben oder anfallen zu lassen, sondern, da die Leute wegen lässiger Arbeit und Scheltworte Strafe verdient, soll es den Beamten angezeigt werden, welche die Verbrechen nach Befinden entweder mit Gelde oder, anstatt dessen, mit Arbeit oder mit dem Ganten und Peitschen abstrafen sollen."

Die Hofdienstordnung vom 4. Juni 1753 (s. l. c. S. 81 bis 84) bestimmt sub VI:

> „Sollen die Hofdienste den Pensionarien oder in ihrer Abwesenheit den Schreibern, Voigten oder wem sonst die Aufsicht anbefohlen ist ohne die geringste Widerspänstigkeit gehorsame Folge leisten; allermaßen Wir, wenn der Pensionarius durch Ausübung des ihm freigelassenen Dienstzwangs dergleichen Ungehorsam und Muthwillen hinlänglich abzustellen nicht vermögend wäre, und er deshalb Beschwerde führen würde, gegen die Widerspänstigen mit Verurtheilung zum Gefängniß, Karren-Schieben oder mit anderer noch härterer Ahndung wollen verfahren lassen."

Daneben heißt es im Abs. 2:

„Wiewohl auch ihnen den Unterthanen frei bleibet, wenn sie auf dem Hofe Dienst und bei der Arbeit unzeitig gedruckt und beschweret werden, oder sonst zu hart mit ihnen verfahren wird, entweder beim Amte oder auch bei unserer Herzogl. Cammer sich zu melden, da dann nach Umständen Untersuchung angeordnet und bei befundenem Grund ihrer Beschwerde dagegen gerechteste Verordnung ergehen soll."

Durch die Verordnung vom 17. August 1776 (s. l. c. S. 84) ist die eben angeführte Dienstordnung insonderheit in den §§ I, V, VI, die wörtlich wiederholt sind, erneuert mit der Hinzufügung:

„Diesem Inhalte der angeführten Dienstordnung und deren nach und nach erlassenen Erläuterungen soll fernerhin auf das genaueste nachgegangen werden, und wie darin den Unterthanen, welche sich vergehen würden, schwere Strafen gedrohet sind, so sollen im Gegentheil auch die Pächter, die den Dienstzwang mißbrauchen, und die Hofdienstleute ungebührlich anstrengen u. s. w. . . . ebenmäßig harte Ahndung zu gewärtigen haben."

Im Schlußsatze wird den Beamten befohlen: „An der prompten Justiz-Pflege bei eingehenden Beschwerden, selbige seien gegen die Pächter oder gegen die Unterthanen gerichtet, sub poena excitandi Fiscalis es nicht ermangeln zu lassen."

Diese Dienstordnungen beziehen sich nicht bloß auf die leibeigenen Unterthanen; die Dienstordnung vom 4. Juni 1753 richtet sich laut ihres Einganges überhaupt auch an alle Eingesessenen in den Domanien und bezielt die Abstellung der Unordnungen, welche „beim Dienstwesen" in den Domanien eingerissen waren. Schon in der Hofdienstordnung von 1705 war sub 52 verordnet, „daß die Beamte und Pensionarien sich bemühen sollen, freie Leute auf'm Hofe vor Knechte zu miethen". Die angeführten Dienstordnungen erfassen also auch die auf den Höfen als Knechte dienenden freien Leute. Bei Aufhebung der

Leibeigenschaft ist im § 11 der bezüglichen Verordnung vom 18. Januar 1820 bestimmt:

„Wenn zwar, wie sub 1 verordnet ist, alle Lasten und Pflichten, die erkennbar aus dem Leibeigenschafts-Verbande flossen, gänzlich aufhören, so bleiben doch, so lange weder der Gutsherr noch der Gutsgehörige von der wechselseitigen Kündigungsbefugniß Gebrauch macht, diejenigen Rechte, welche an sich damit verwandt oder durch Dienst-Ordnungen, Gesetze und besondere Contrakte bedungen sind, bei vollem Bestande."

Wenn ferner auch die Wirtschaftsweise auf den Pachthöfen des Domanium sich dahin geändert hat, daß nicht mehr die Hauswirte nebst ihren Angehörigen und Dienstleuten Hof-Dienste leisten, sondern daß der Pächter mit den Gutstagelöhnern und den von diesen gestellten Hofgängern und den von ihm gemieteten Dienstboten wirtschaftet, so hat doch von den angeführten Dienstordnungen immer noch die gesetzliche Norm Bestand, daß gegen die Dienstleute im Domanium wegen Dienstvergehen, in specie auch wegen Widerspänstigkeit und Scheltworte eine obrigkeitliche Bestrafung stattfindet. Der Strafrahmen ist durch den § 5 der Verordnung vom 22. Dezember 1870, betreffend das neben dem Strafgesetzbuche in Kraft bleibende Landesstrafrecht, gegeben.

Da der Hof Moidentin, auf welchem der Angeklagte als Knecht im Dienste des Pächters R. stand, zu den Domanien des Großherzgl. Haushalts gehört, so findet auf das dem Angeklagten zur Last gelegte Dienstvergehen die eben angeführte, aus den oben citierten Dienstordnungen sich ergebende gesetzliche Norm Anwendung. Gegen diese gesetzliche Norm, sowie gegen das daneben geltende vorerwähnte Landesgewohnheitsrecht verstößt das angefochtene Urteil, indem darin erkannt ist, daß die Dienstwidrigkeiten, abgesehen von der Dienstentweichung, nur insoweit, als sie unter besondere Strafgesetze, etwa § 185, § 223 des St.-G.-B. fällen, kriminelle Bedeutung haben, aber nicht eine besonders qualifizierte Übertretung bilden, und indem aus diesem Grunde der Angeklagte von der Anklage des Dienstvergehens freigesprochen ist. Es ist daher jenes Urteil, soweit das-

selbe durch die von der Großherzogl. Staatsanwaltschaft eingelegte Revision laut der Revisionsanträge in [12] act. angefochten worden, unter Aufrechthaltung der demselben zu Grunde liegenden thatsächlichen Feststellungen aufzuheben, und ist die Sache in Gemäßheit des § 394 der St.-P.-O. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurück zu verweisen.

---

### 10. Strafprozeßordnung § 81. Unter welchen Voraussetzungen ist die Unterbringung des Angeschuldigten in eine öffentliche Irrenanstalt zum Zwecke der Beobachtung statthaft?

Zur Begründung eines reformierenden Beschlusses des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 4. Mai 1885 — Ri. — ist ausgeführt:

Die Bestimmung des § 81 der St.-P.-O., auf welche der angefochtene Beschluß sich stützt, soll laut des Berichts der Justiz-Kommission des Reichstages — s. Hahn, Materialien zur Strafprozeßordnung, Abteilung II S. 1526 und 1527 — dem Zwecke dienen, die Abgabe eines wirklich sachverständigen irrenärztlichen Gutachtens über den zweifelhaften Geisteszustand eines Angeschuldigten zu ermöglichen, und setzt voraus, daß „gegen dessen Zurechnungsfähigkeit erhebliche Zweifel vorhanden" seien. Zweck der Beobachtung in der Irrenanstalt ist die Beantwortung der Frage, ob der Angeschuldigte zur Zeit der Begehung der inkriminierten Handlung (s. § 51 des Strafgesetzbuches) geisteskrank gewesen, und bezw. (s. § 203 der Strafprozeßordnung) ob derselbe nach der That in Geisteskrankheit verfallen sei; cf. John, Strafprozeßordnung ad § 81 Note 7 S. 712.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um Krampfanfälle, welche die obengenannte Angeschuldigte als epileptische bezeichnet, und wegen deren dieselbe nicht vernehmungsfähig zu sein behauptet. Der vorerwähnte Sachverständige hat in seinem Er-

achten vom 23. März d. J. [23] act. ausgesprochen, daß die von ihm beobachteten Anfälle sicher keine epileptischen waren, auch glaube er nicht, daß es sich um einen epileptiformen hysterischen Krampfanfall handelte, sondern er müsse die unter seinen Augen stattgefundenen Anfälle für Simulation halten, und er erachte, daß die Angeschuldigte sowohl vernehmungs- als eventuell transportfähig sei. Als ein Argument gegen das Vorhandensein wirklicher Epilepsie erwähnt er, daß nach so langer Dauer und so heftigem Auftreten, wie die Angeschuldigte angebe, sich wenigstens geringe geistige Störungen zu zeigen pflegen, und daß nach einem so lange dauernden wirklichen epileptischen Anfall die Angeschuldigte sich nicht so schnell hätte erholen können, daß sie ihm ganz detaillierte Angaben über frühere Anfälle machen konnte. Hiernach hat der Sachverständige Zeichen geistiger Schwäche bei der Angeschuldigten nicht wahrgenommen.

In dem Schreiben des Untersuchungsrichters an den Sachverständigen vom 7. April d. J. zu [38] act. wird angeführt, daß die Angeschuldigte nach der durch den Letzteren erfolgten Explorierung abermals bei ihrer Vernehmung in krampfartige Zuckungen verfallen sei, während welcher dieselbe anscheinend in ihrer Geistesthätigkeit völlig behindert gewesen, und wird Mitteilung darüber erbeten, ob der Sachverständige in der Lage sei, schon jetzt ein Erachten über die Frage abzugeben,

> ob diese Zustände angeblicher Geistesabwesenheit willkürlich simuliert werden, oder ob dieselben auf wirklicher krankhafter Organisation der betreffenden Organe beruhen,

oder ob der Sachverständige den nach § 81 der St.-P.-O. erforderlichen Antrag auf Beobachtung der Angeschuldigten in einer öffentlichen Irrenanstalt stellen wolle.

Der Sachverständige hat in seiner Erwiderung vom 9. April d. J. [47] act. unter Bezugnahme auf sein vorerwähntes Gutachten wiederholt, daß die von ihm beobachteten Anfälle derart gewesen, daß er sie weder für epileptische, noch auch etwa hysterische halten konnte. Auch habe er nicht die Überzeugung gewinnen können, das das behauptete Leiden eine geistige Schwäche

bewirkt habe. Er sei auch jetzt noch, wie damals, der festen Überzeugung, daß die beobachteten Anfälle simuliert waren. Dennoch glaubt er, daß, um jede Täuschung ausschließen zu können, eine längere Beobachtung der Angeschuldigten notwendig sei. Deshalb stellt derselbe freilich den Antrag, daß die Angeschuldigte zwecks Beobachtung in eine öffentliche Irrenanstalt gebracht werde. Aber es liegt nicht vor, daß der Sachverständige das Leiden der Angeschuldigten, falls dasselbe nicht simuliert wäre, für eine Geisteskrankheit erklären würde, daß er den Geisteszustand der Angeschuldigten für zweifelhaft erachte. Es sind daher die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 81 der St.-P.-O. im vorliegenden Falle nicht vorhanden.

---

### 11. Strafprozeßordnung §§ 33 und 46 Abs. 2. Ist das Berufungsgericht befugt, einen amtsrichterlichen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährenden Beschluß alsdann aufzuheben, wenn der Beschluß ohne vorherige Erklärung der Staatsanwaltschaft erlassen war?

Gegen den Gutspächter B. zu T. war am 28. Juni 1884 von dem Großherzoglichen Amtsgericht zu K. ein Strafbefehl auf Zahlung einer Geldstrafe erlassen. Der gegen diesen Strafbefehl erhobene Einspruch wurde verworfen, weil derselbe nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt war, und beantragte der Beschuldigte jetzt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist mit Berufung darauf, daß diese Versäumung lediglich durch ein Versehen seines Sachwalts veranlaßt sei. Das Amtsgericht zu K. erteilte die beantragte Wiedereinsetzung durch Beschluß vom 4. November 1884, ohne vor Erlaß dieses Beschlusses die Staatsanwaltschaft zu hören, welche von jenem Wiedereinsetzungsantrage überhaupt erst nach Erlaß des auf denselben ergangenen Beschlusses Kenntnis erhielt, und sprach durch Urteil vom 12. Dezember 1884 den Angeklagten von der ihm zur Last gelegten Begangenschaft frei. Auf die von der Staatsanwaltschaft gegen dies Urteil eingelegte Berufung hob die Strafkammer des Landgerichts zu G. durch Urteil vom 20. Januar 1885 das angefochtene Urteil und den oben gedachten Beschluß vom 4. November 1884 auf und wies die Sache an die erste Instanz zurück, welche angewiesen wurde, über den An-

trag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Einspruchsfrist nach zuvoriger Anhörung der Staatsanwaltschaft in Gemäßheit des § 33 der Strafprozeßordnung anderweitige Entscheidung zu treffen.

Aus den Gründen:

„Die Berufung der Staatsanwaltschaft ist zunächst darauf gestützt, daß der Beschluß des Amtsgerichts vom 4. Novbr. 1884, durch welchen dem Angeklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Einspruchsfrist bewilligt wurde, und auf welchem daher das angefochtene Urteil unmittelbar beruhe, ohne zuvorige Anhörung der Staatsanwaltschaft und mithin unter Verletzung der wesentlichen Formvorschrift des § 33 der Strafprozeßordnung erlassen sei. Ferner sei jener Beschluß auch materiell unrichtig, da nach der feststehenden, vom Gesetzgeber gewollten und auch vom Reichsgericht anerkannten Bedeutung des § 44 der St.-P.-O. der Rechtsirrtum eines Sachwalts nicht als ein unabwendbarer Zufall im Sinne jenes Paragraphen angesehen werden könne. Der § 46 Abs. 2 der St.-P.-O. könne nicht dahin verstanden werden, daß er auch der Aufhebung eines die Wiedereinsetzung verfügenden Beschlusses in der Berufungsinstanz, falls das mit der Berufung angefochtene Urteil auf demselben beruhe, entgegenstehe. Der Vertreter des Angeklagten widersprach diesen Ausführungen und machte insbesondere geltend, daß die Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 33 der St.-P.-O. nicht zu einer Aufhebung des Beschlusses vom 4. November v. J. führen könne, und daß in Beihalt des § 46 Abs. 2 ibid. jener Beschluß auch dem Berufungsgericht gegenüber unanfechtbar sei.

Der Auffassung des Verteidigers ist darin allerdings beizutreten, daß der Vorschrift des § 46 Abs. 2 der St.-P.-O. die beschränkte Bedeutung, welche ihr nach den Ausführungen der Staatsanwaltschaft nur zukommen soll, nicht beigelegt werden kann. Jene ganz allgemein lautende Bestimmung muß vielmehr dahin verstanden werden, daß durch den dem Wiedereinsetzungsgesuche stattgebenden Beschluß die Frage nach der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung definitiv erledigt werden soll — vgl. Löwe, Kommentar zum § 46 cit. Not. 3 —, und daß dem-

gemäß ein solcher Beschluß auch für das demnächst in der Sache ergehende Urteil, auch wenn der Erlaß des Letzteren erst durch jenen Beschluß überhaupt ermöglicht wurde, die unabänderliche Grundlage bildet. Immer kann sich die Bestimmung des § 46 Abs. 2 cit. aber nur auf den materiellen Inhalt des Wiedereinsetzungsbeschlusses beziehen, und wird der Prüfung der weiteren Frage, ob jener Beschluß an sich in der gesetzlich geforderten Weise zu Stande gekommen ist, durch jene Vorschrift keine Schranke gesetzt. Der § 369 Abs. 2 der St.-P.-O. gewährt nun dem Berufungsgericht die Befugnis, falls das angefochtene Urteil an einem Mangel leidet, welcher die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren begründen würde, unter Aufhebung jenes Urteils die Sache, wenn die Umstände des Falles es erfordern, zur Entscheidung an die erste Instanz zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht ist daher berechtigt, die Gesetzmäßigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens zu prüfen, und falls das erstinstanzliche Urteil auf einer Verletzung einer das Verfahren betreffenden Rechtsnorm beruht, dasselbe aufzuheben. Daß im vorliegenden Fall der mehrerwähnte Beschluß vom 4. November 1884 die unmittelbare Grundlage des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und somit auch des angefochtenen Urteils bildet, liegt auf der Hand, und wird daher von der Bestimmung des § 369 Abs. 2 cit. auch Gebrauch gemacht werden dürfen, falls jener Beschluß auf einer Verletzung einer prozessualischen Rechtsnorm beruhte. Der erste Richter hat jenen Beschluß ohne zuvorige Anhörung der Staatsanwaltschaft erlassen und damit die Vorschrift des § 33 der St.-P.-O. verletzt, welcher anordnet, daß auch die außerhalb einer Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen des Gerichts erst nach erfolgter Erklärung der Staatsanwaltschaft zu erlassen sind, welcher letzteren also vor Erlaß der Entscheidungen Gelegenheit zu geben ist, sich über die Sache zu äußern. Es ist nun allerdings vom Reichsgericht — Entscheidungen in Strafsachen Bd. VI nr. 3 — anerkannt, daß nicht schlechthin in allen Fällen, in welchen eine gerichtliche Entscheidung unter Nichtbeobachtung der Bestimmungen des § 33 cit. ergangen ist, hiedurch

ein Revisionsgrund gegeben ist, und wird diese Frage insbesondere für den Fall vom Reichsgericht verneint, wenn der durch die Entscheidung beschwerten Partei noch vor der Ausführung derselben die Möglichkeit gegeben war, ihre etwaigen Einwendungen vorzubringen und auf eine Abänderung derselben hinzuwirken. Mit diesen Ausführungen erkennt aber das Reichsgericht wenigstens implizite an, daß dann, wenn jene Möglichkeit für die durch die Entscheidung beschwerte Partei nicht bestand, dieselbe ohne Berücksichtigung des § 33 cit. ergangene Entscheidung als auf einer Verletzung der gedachten gesetzlichen Bestimmung beruhend wenigstens unter Umständen angesehen werden dürfe. Erwägt man nun, daß die Vorschrift des § 33 mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse der Staatsanwaltschaft als der zur Vertretung dieses Interesses berufenen Behörde einen Einfluß auf den Erlaß aller gerichtlichen Entscheidungen, jedenfalls insoweit dieselben von präjudizieller Bedeutung sind, sichern will, so erscheint die ohne zuvoriges Gehör der Staatsanwaltschaft erlassene gerichtliche Entscheidung mindestens dann als auf einer Gesetzesverletzung beruhend, wenn dieselbe nicht nur der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft widerspricht, sondern auch die Gründe, welche die letztere für ihre abweichende Rechtsansicht geltend macht, überall nicht berücksichtigt, da in diesem Falle die Möglichkeit besteht, daß die Entscheidung anders ausgefallen sein würde, wenn der Richter die Gründe der Staatsanwaltschaft in Erwägung gezogen hätte und somit nicht klar vorliegt, daß die Verletzung des § 33 einen Einfluß auf jene Entscheidung überall nicht gehabt haben könne.

Im vorliegenden Falle bedarf es nur eines Hinweises darauf, daß für die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, sich auch ohne Aufforderung des Gerichts vor Erlaß des Beschlusses vom 4. November v. J. Gehör zu verschaffen, nicht bestand. Der Beschluß ist schriftlich außerhalb einer Hauptverhandlung ergangen, und es liegt nicht vor, daß die Staatsanwaltschaft vor Erlaß desselben von dem Inhalt des Antrags des Angeklagten auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Einspruchsfrist überhaupt Kenntnis gehabt hatte. Andererseits war der erste Richter nach

Erlaß jenes Beschlusses nicht in der Lage, denselben auf Antrag der Staatsanwaltschaft selbst wieder abzuändern, da einer derartigen nachträglichen Abänderung der § 46 Abs. 2 der St.-P.-O. entgegensteht. Endlich haben die Gründe, welche die Staatsanwaltschaft gegen die Richtigkeit jenes Beschlusses geltend macht, in demselben irgendwelche Würdigung nicht gefunden ...."

---

12. **Strafprozeßordnung § 44. Ist es als ein unabwendbarer Zufall anzusehen, wenn der mit Einlegung der Revision beauftragte Verteidiger die Einlegungsfrist versäumt hat?**

Zur Begründung des reformierenden und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilenden Beschlusses des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 22. Oktober 1884 — He. — ist ausgeführt:

Denn wenn zwar nach den im fünften Abschnitt des ersten Buches der St.-P.-O. enthaltenen Vorschriften die Verschuldung des Vertreters — selbst wenn der Vertretene selber von jedem Verschulden frei ist — an und für sich allein einen Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht abgiebt, so enthält doch die St.-P.-O. keine Bestimmung, welche es ausschlösse, in der Schuld des Vertreters im Einzelfalle für den Vertretenen einen unabwendbaren Zufall im Sinne §phi 44 der St.-P.-O. zu finden. Der Einwand, daß in solchem Falle die Versäumung der Frist durch die Vornahme der in Frage stehenden Prozeßhandlung durch den Vertretenen selbst hätte vermieden werden können, steht hier nicht entgegen, weil die St.-P.-O. eine unbedingte Pflicht der Partei, selbst zu handeln, nicht statuiert, und übrigens ein in der Person des Vertreters eintretender unabwendbarer Zufall allgemein als Restitutionsgrund des Vertretenen angesehen wird. Jedenfalls fällt ins Gewicht, daß im Gebiete des Civilprozesses, für welchen der Begriff des unabwendbaren Zufalls der gleiche ist, wie für den Prozeß, der Ge-

setzgeber sich veranlaßt gesehen hat, durch eine ausdrückliche Bestimmung — vergl. § 210 Abs. 2 der C.-Pr.-O. — jede Restitution wegen Schuld des Vertreters auszuschließen, während eine solche ausdrückliche Bestimmung in die Strafprozeßordnung nicht aufgenommen ist. Durch den Umstand allein, daß die Stellung des Vertreters gegenüber der Partei im Civilprozesse eine andere ist, als nach der Strafprozeßordnung, wird diese Abweisung nicht genügend erklärt, und liegt vielmehr die Annahme näher, daß im Strafprozesse, in welchem unersetzliche Güter auf dem Spiele stehen können, nach der Auffassung des Gesetzgebers nicht mit der gleichen Strenge verfahren werden dürfte, als im Civilprozesse, daß mithin, soferne die durch die Verschuldung des Vertreters herbeigeführte Versäumung für den Vertretenen nach Lage der Sache als ein unabwendbarer Zufall angesehen werden könne, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu versagen sei. Von diesem Standpunkte aus ist aber dem vorliegenden Antrage Folge zu geben. Denn unter unabwendbaren Zufällen im Sinne des Gesetzes sind nicht bloß solche Ereignisse zu verstehen, die zu vermeiden außer jedem Bereiche der Möglichkeit lag, sondern auch solche Ereignisse, welche eingetreten sind, ungeachtet zu ihrer Vermeidung alle Vorsicht aufgewandt ist, welche unter den gegebenen Verhältnissen vernünftiger Weise gefordert werden konnte. Um ein solches Ereignis aber handelt es sich vorliegend, da der Antragsteller, wenn er nach Erlassung des Urteils einem berufsmäßig zur sorgfältigsten Erfüllung der ihm erteilten Partei-Aufträge verpflichteten Rechtsanwalt den speziellen und ausdrücklichen Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels erteilte und solcher Auftrag angenommen wurde, schlechterdings nicht erwarten konnte, daß solcher Auftrag unausgeführt bleiben werde.

Die durch den Antrag auf Wiedereinsetzung veranlaßten Kosten hat in Gemäßheit der Bestimmung §phi 505 Abs. 3 der St.-P.-O. der Antragsteller zu tragen.

---

### 13. Verordnung de 14. Januar 1871, betreffend das Jagdrecht § 8 nr. 2. Ist das Töten von umherstreifenden Jagdhunden verboten?

In den diese Frage behandelnden Gründen eines Beschlusses des Straffenats des Oberlandesgerichts de 14. Juli 1885 — Ma. — ist ausgeführt:

„Dem Angeschuldigten fällt zur Last, daß er am 31. Oktober v. J. während einer Jagd in der s. g. Penzliner Forst eine auf seinem Jagdgebiete umherstreifende, dem Lieutenant a. D. N. gehörige Hühnerhündin erschoß, welche, ohne damals zur Jagd benutzt zu werden, von der Lapitzer Feldmark auf das Jagdgebiet des Angeschuldigten übergelaufen war.

Die Großherzogliche Staatsanwaltschaft findet in dieser Handlungsweise alle Thatbestandsmomente eines Vergehens gegen § 303 St.=G.=B. gegeben. Sie nimmt an, daß auch in einem derartigen Falle das Töten von Jagdhunden als durch den § 8 nr. 2 der V.=O. vom 14. Januar 1871, betreffend das Jagdrecht im Beihalt der Reversalen von 1621 art. 19 verboten zu erachten. Angeschuldigter habe seiner Stellung nach wissen müssen, entweder, daß dies der Fall sei oder daß die Frage nach der Berechtigung zum Töten umherstreichender Jagdhunde eine zweifelhafte sei. Derselbe habe daher direkt vorsätzlich und rechtswidrig oder eventuell mit dem Vorsatze gehandelt, auch rechtswidrig die fremde Sache zu zerstören.

Die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens ist zunächst darauf begründet, daß Angeschuldigter eine objektive Rechtswidrigkeit nicht beging, als er einen in seinem Jagdgebiete umherstreifenden fremden Jagdhund tötete, indem derselbe sich nicht innerhalb der Bedingungen der Ausübung der Jagdfolge und des Jägerrechts befunden (art. 19 Reversalen von 1621, V.=O. vom 22. Januar 1859). Daneben ist dann hervorgehoben, daß selbst, wenn Angeschuldigter objektiv rechtswidrig gehandelt haben sollte, die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Beschädigung dadurch ausgeschlossen erscheine, daß nach Lage der Sache ein Irrtum des Angeschuldigten bezüglich des ihm nach § 8 nr. 2 der V.=O. vom 14. Januar 1871 zustehen=

den Tötungsrechtes als ausreichend indiziert anzunehmen sein würde.

Konnte nun zwar der Annahme, daß Angeschuldigter nicht rechtswidrig gehandelt, nicht beigetreten werden, so war doch aus dem zuletzt angeführten Grunde der angefochtene Beschluß als gerechtfertigt anzuerkennen.

Die zur Frage stehende Bestimmung des § 8 nr. 2 der V.-O. vom 14. Januar 1871 (Rbl. 181 nr. 5 S. 37) lautet dahin:

> „Die Jagdberechtigten und ihre Vertreter sind befugt, die im Jagdgebiet umherstreifenden Hunde — jedoch mit Ausnahme der zur Jagd bestimmten Hunde, wegen welcher es bei den Bestimmungen der Reversalen von 1621 art. 19 und der betr. V.-O. vom 22. Januar 1859 bis auf Weiteres bewendet — zu töten."

Das Gesetz gewährt hier eine Befugnis, die dem gemeinen Rechte fremd ist. Das Eigentum an einem Hunde genießt desselben Schutzes gegen Vernichtung wie das Eigentum überhaupt und das bloße Umherstreifen eines fremden Hundes auf fremdem Gebiet bietet, da dadurch das Eigentum am Hunde nicht verloren geht, dem Eigentümer des betretenen Gebiets keinen Rechtsgrund zu dessen Tötung. Im Interesse des Jagdschutzes ist nun den Jagdberechtigten die Befugnis beigelegt, die in ihrem Jagdgebiete umherstreifenden Hunde zu töten. Von dieser Befugnis sind jedoch wieder ausgenommen die zur Jagd bestimmten Hunde. Diese Ausnahme ist in das Gesetz aus den früheren in Betreff der Wilddieberei und des Jagdfrevels erlassenen Gesetze vom 22. April 1864 § 15 (Rbl. 1864 nr. 21) und V.-O. vom 8. März 1841 § 26 (Raabe, Ges. S. I S. 231) herübergenommen. Es werden daher die Landtagsverhandlungen, aus denen das letztgedachte Gesetz hervorgegangen ist, zu berücksichtigen sein.

Sieht man nun zunächst von der Einschaltung „wegen welches es — bewendet" ab, so würde man nicht zweifeln können, daß die Tötungsbefugnis nur rücksichtlich solcher Hunde, die nicht für Jagdzwecke gehalten werden, gewährt sei. Die Be-

stimmung eines Hundes ergiebt der Zweck, für welchen dessen Eigentümer ihn benutzen will; zur Jagd bestimmte Hunde sind daher solche, die für Jagdzwecke überhaupt gehalten werden. Dieser Sinn der Worte erhellt mit völliger Sicherheit aus den Landtagsverhandlungen und ist auch in dem angefochtenen Beschlusse nicht verkannt worden. Es fragt sich nur, ob diese generelle Tragweite durch die vorgedachte Einschaltung eine Modifikation dahin erlitten habe, daß nicht alle zur Jagd bestimmten Hunde, sondern nur die Jagdhunde und die Windhunde, diese auch nicht schlechthin, sondern nur wenn sie mit dem auf eignen Jagdrevieren aufgehegten Wilde über die Grenze laufen, gegen die Tötung wegen Umherstreifens im fremden Jagdgebiete haben geschützt werden sollen. Zuzugeben ist, daß das Verständnis des Gesetzes durch die fragliche Einschaltung erschwert ist, wahrscheinlich ist es aber schon von vorneherein nicht, daß mit der Einschaltung „wegen welcher" das gerade Gegenteil von der soeben gesetzten Norm „jedoch mit Ausnahme der zur Jagd bestimmten Hunde" habe ausgesprochen werden sollen; es ergeben denn auch die Landtagsverhandlungen, daß dies nicht der Fall gewesen. Darnach soll der Satz „jedoch mit Ausnahme — bis — bewendet" nur aussprechen, daß die im § 8 nr. 2 dem Jagdberechtigten zugestandene Befugnis zur Tötung der im Jagdgebiete umherstreifenden Hunde die zur Jagd bestimmten Hunde nicht mit ergreife, und daß es wegen derselben bei dem bestehenden Rechte (art. 19 Reversalen von 1621, V.-O. vom 22. Januar 1859) bis auf Weiteres das Bewenden behalten solle.

Der auf dem Landtage 1840 den Ständen vorgelegte Gesetzentwurf enthielt im § 28 nur ein Verbot des Umherlaufens der nicht zur Jagd bestimmten Hunde im fremden Jagdgebiete ohne angebundenen, das Jagen hindernden Knüttel; so oft ein solcher Hund also betroffen werde, sollte der Eigentümer 32 ßl. Strafe erlegen, daneben sollte es dem Jagdberechtigten unbenommen bleiben, solche Hunde auf seinem Jagdgebiete ohne Weiteres zu töten.

Die ständische Justizkommitte beanstandete in ihrem Berichte vom 30. November 1840 den Entwurf und bemerkte, die Fassung

sei zu eng, indem sie die Jagdhunde nicht erwähne, und zu weit, indem sie alle Arten (der nicht zur Jagd bestimmten) Hunde, auch solche, welche der Jagd nicht nachteilig werden könnten, ergreife; auch sei nicht berücksichtigt, daß Hunde, die Jemand auf der Landstraße mit sich führe, auf den Feldern am Wege umherlaufen möchten. Der Vorschlag der Kommitte ging dahin, wegen der übergelaufenen Jagdhunde genüge in Bezug auf art. 19 der Rev. v. 1621 wegen der sonstigen Hunde reiche eine gesetzliche Anordnung dahin aus, daß die Hofhunde der Pächter, Unterpächter und Bauern, sowie die Hunde der Hirten und Schäfer mit Knütteln versehen werden müßten und daß, wenn solches unterbleibe und sie in dem Jagdgebiete herumstreiften, es dem Jagdberechtigten gestattet sei, sie zu erschießen. Dieser Vorschlag ward noch damit empfohlen, daß er den bisherigen gesetzlichen Anordnungen und dem bisherigen Verfahren entspreche.

Der ständische Beschluß vom 2. Dezember 1840 behielt weitere Deliberation darüber vor, ob die Bestimmung aufzunehmen sei, daß auch einen zur Jagd bestimmten Hund auf fremdem Gebiet tot zu schießen erlaubt sei. Wenn es dann weiter heißt:

> „Allgemein aber ist die Bestimmung dahin zu machen, daß alle ohne Begleitung ihres Herrn im Jagdreviere umherstreifende oder mit Knütteln nicht versehene Hunde tot zu schießen erlaubt sein soll,"

so betrifft dies nur alle Arten der nicht zur Jagd bestimmten Hunde, und sollte damit nur die von der Justizkommitte vorgeschlagene Unterscheidung zwischen den für die Jagd schädlichen und unschädlichen Arten abgelehnt werden; wegen der Jagdhunde war in dem voraufgehenden Satze ausdrücklich weitere Deliberation vorbehalten.

Von maßgebender Bedeutung ist nun das schwerinsche Reskript vom 5. Dezember 1840, dem sich Strelitz anschloß. Dasselbe erklärte zum § 28 den Vorschlag des Kommittenerachtens mit der Erweiterung des Plenarschlusses (alle Arten der nicht

zur Jagd bestimmten Hunde) sonst für angemessen, nur, daß die mit in Frage gekommenen Jagdhunde der Bestimmung aus dem Grunde nicht füglich unterworfen werden könnten, weil dabei die Berechtigung aus dem art. 19 der Reversalen von 1621 nicht zu vereinigen wäre. Die Landesherren lehnten damit schlechthin ab, eine Tötungsbefugnis umherstreifender Jagdhunde (denn gegen umherstreifende Hunde sollte sich die Bestimmung des § 28 richten) einzuräumen, und führen nur als Motiv an, daß die Berechtigung aus art. 19 einen Rechtszustand voraussetze, der die Tötung eines im Jagdgebiete umherstreifenden fremden Jagdhundes nicht gestatte.

Dem gegenüber hatte der Gutsbesitzer v. H. auf B. am 8. Dezember 1840 beantragt, doch wenigstens die Tötung der auf fremdem Jagdgebiete umherstreifenden oder jagenden Jagd- und Windhunde, denen kein Jäger zum Zurückholen folge, zu gestatten, mithin nach dieser Richtung den art. 19 näher zu deklarieren.

Der ständische Beschluß vom 12. Dezember 1840 zum § 28 ging dahin:

„Wollen Stände in Bezug der Jagdhunde es bei den Bestimmungen des art. 19 der Reversalen von 1621 einstweilen beruhen lassen, doch bittet man ständischerseits, hohe Regierungen wollten eine Verhandlung einleiten zum Zweck einer näheren Deklaration des art. 19. Es wird auch dann dabei der zu dem Landtags-Protokolle gekommene Vortrag des v. H.-B. als Material zur Prüfung benutzt werden können."

„Man glaubt, daß nunmehr die ständische Ansicht mit den allerhöchsten Regierungen über den vorliegenden Gesetzesentwurf übereinstimmen wird, und daß somit die Antwort ad Caput der landesherrlichen Proposition abgegeben werden kann."

In der demnächstigen Antwort ist es deutlich ausgesprochen, daß rücksichtlich der Jagdhunde das bestehende Recht ungeändert bleiben solle; es heißt, Stände hätten sich in Berücksichtigung

der in dem allerhöchsten Reskripte vom 5. d. Mts. angeführten Gründe dahin vereinigt, daß es zur Zeit bei den Bestimmungen des art. 19 der Reversalen von 1621 das Bewenden behalten möge, und so wie es in dem 2. Kommittenberichte vorgeschlagen sei, darauf in diesem (§ 28) verwiesen werden. Weiter gedenkt dann freilich die ständische Antwort der Zweifel über den eigentlichen Sinn des art. 19 (es werde behauptet, derselbe schließe die Befugnis des Jagdberechtigten zur Tötung der auf seinem Gebiete angetroffenen Jagdhunde nicht aus), es wird auch bemerkt, es verdienten die Fälle Berücksichtigung, wenn Jagdhunde, ohne daß Jemand, der auf die Jagd geht, sie mit sich genommen habe, mithin herrenlos auf dem Jagdgebiete eines Anderen herumstreifen. Dieserhalb bitten Stände jedoch nur, ihnen hierüber die Allerhöchsten Ansichten zu eröffnen und diesen Gegenstand zum Zwecke etwaiger Erlassung einer deklarierenden oder ergänzenden Bestimmung zur verfassungsmäßigen Beratung bringen zu lassen. Hieraus ersieht man nun zwar, daß in ständischen Kreisen die Ansichten und Wünsche über eine Tötungsbefugnis fremden Jagdhunden gegenüber sehr auseinander gingen, man einigte sich aber untereinander und mit den Regierungen dahin, daß das bestehende Recht dieserhalb bis auf Weiteres unverändert, dessen Deklaration und eventuelle Ergänzung aber weiteren Verhandlungen vorbehalten bleiben solle. Die Schlußbitte wegen Eröffnung der Allerhöchsten Ansichten ist unberücksichtigt geblieben, Stände haben auch später diese Bitte nie wiederholt. Es erhellt dies aus dem Bericht der Justizkommitte vom 17. Dezember 1853 in Betreff der Jagdfolge und des Jägerrechts, wo in Bezug auf das Kommittenerachten vom 30. November 1840 hervorgehoben wird:

> „Bei der Verhandlung über die auf Grund dieser Ansicht gemachten ständischen Anträge ward es jedoch von Seiten der hohen Regierungen vermieden, bestimmt auf diese Frage einzugehen, und fand man sich ständischerseits nicht veranlaßt, auf gelegentliche Erledigung derselben zu bestehen.“

Demgemäß konnte die V.-O. vom 8. März 1841 publiziert werden, weil man sich wegen der Jagdhunde über die Beibehaltung des bestehenden Rechts verständigt hatte; dies ist denn auch die Tendenz des § 26 derselben, und ist es auch der Fassung am meisten entsprechend, die betreffende Gesetzesstelle in diesem Sinne auszulegen.

An diesem Rechtszustande ist so wenig durch die V.-O. vom 22. April 1864 § 15 und V.-O. vom 14. Januar 1871 § 8 wie durch die V.-O. vom 22. Januar 1859 etwas verändert worden. Die letztgedachte V.-O. steht in keinem Zusammenhange mit den Verhandlungen über das Wilddiebstahlsgesetz von 1841, ist vielmehr durch eine ständische Beschwerde gegen die landesherrliche Instruktion vom 12. März 1787 (P.-G. S. IV Seite 117) und die darin angegebenen Befugnisse der landesherrlichen Jagdfolge, welche weit über den Umfang des gemeinen Jägerrechts hinausgingen, veranlaßt worden.

Will daher der § 8 nr. 2 der V.-O. vom 14. Januar 1871 die umherstreifenden Jagdhunde nicht mitergreifen und über eine etwaige Befugnis zu deren Tötung das bisherige Recht normieren lassen, so kommt in Betracht, daß, wie bereits ausgeführt, die Befugnis zu deren Tötung auf einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung beruhen muß und das Letztere weder durch eine gemeinrechtliche noch durch eine landesrechtliche Satzung gegeben ist.

Stobbe im deutschen Pr.-R. Bd. I § 70 Note 9 hebt hervor, daß nach neuerem Rechte es auch zulässig sei, die auf dem Jagdreviere sich herrenlos herumtreibenden Hunde und Katzen zu töten, verneint also, daß dies von jeher Rechtens gewesen; das von diesem Schriftsteller zitierte Preuß. L.-R. II 16 §§ 64, 65 nimmt die Jagdhunde von dieser Tötungsbefugnis aus.

Weder der art. 19 der Reversalen von 1621 noch die V.-O. vom 22. Januar 1859 sprechen dem Jagdberechtigten die Tötungsbefugnis überlaufender Jagdhunde zu, die Frage ist nicht darin berührt und, und wie bereits erwähnt, läßt sich aus demselben nur erkennen, daß sie den Mangel einer solchen

Befugnis voraussetzen. Aus der Kaiserlichen Resolution vom 19. Oktober 1724 auf die Landesgravamina zu nr. XVI, daß es wegen der überlaufenden Hunde allenthalben nach Maßgebung gedachter Reversalen zu halten und selbige von den Fürstlichen Jagdbedienten nicht tot zu schießen, noch zu behalten, ist nicht zu folgern, daß Hunde, die aus einer anderen als in den Reversalen gedachten Veranlassung über die Grenze laufen, bloß deshalb von dem Eigentümer des betreffenden Gebiets erschossen werden dürften.

Die landesherrlichen V.-O. vom 5. März 1674 (P. G.-S. IV S. 81), 28. März 1702 (P. G.-S. IV S. 84), 29. April 1706 (P. G.-S. IV S. 87), 1750 (P. G.-S. IV S. 102) betreffen nur den Schutz der fürstlichen Forsten, Wälder und Wildbahnen, und richten sich gegen die von Bürgern und Domanialeingesessenen (Pensionäre, Hauswirte, Müller, Schäfer, Hirten) gehaltenen Hunde, wenn solche nicht mit gehörigen Knütteln versehen aber ins Feld mitgenommen werden. Die besondere Stellung der Jagd- und Windhunde tritt aber auch dabei hervor. Der § 42 der V.-O. vom 29. April 1706 (P. G.-S. 95) bestimmt nämlich:

„Zum Zwei und Vierzigsten soll denen in Garnison liegenden, auch auf dem Lande einquartierten Offizieren und Soldaten Jagd- und Windhunde zum Behuf der Jagd auf Unsern Feldern und Holzungen zu halten, wie auch dergleichen Hunde auf Reisen mit sich zu führen, oder wenigstens damit sowohl als mit ihrem Schießgewehr anderwärts als auf ordentlichen Wegen und Landstraßen und in Kommando sich finden zu lassen, oder des Jagens und Hetzens ohne Unsere speciale Erlaubniß und deßfalls producirte schriftliche Erlaubniß sich zu bedienen, keineswegs verstattet werden, und haben darauf Unsere Forstbediente fleißig Acht zu haben, auch die Contravenienten zu gebührender ernstlicher Ahndung und Bestrafung anzuzeigen."

Es ist also selbst in diesem Falle von einer Befugnis der

fürstlichen Jagdoffizianten zur Tötung solcher Jagd- und Windhunde keine Rede.

Angeschuldigter war also nicht befugt, die dem Lieutenant a. D. N. aus L. gehörige Hühnerhündin bloß deshalb zu töten, weil sie anscheinend durch eine von ihm selbst veranstaltete Jagd angelockt, auf sein Jagdgebiet übergetreten war.

---

# Abhandlungen.

## Zur Auslegung der St.-P.-O. § 417 Abs. 2.

Von Herrn Amtsrichter F. Grohmann zu Parchim.

Der Entwurf einer St.-P.-O. für das deutsche Reich, wie er dem Reichstage in der Herbstsession 1874 vorgelegt wurde, enthielt in dem fünften Buche die Bestimmungen über die Beteiligung des Verletzten bei dem Verfahren, und wies der Privatklage ein weit umfassendes Anwendungsgebiet zu. § 335 Abs. 1 des Entw. lautete:

> Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt oder bei denen der Strafrichter neben der Strafe auf eine an den Verletzten zu erlegende Buße erkennen kann, ist der Verletzte befugt, die Privatklage zu erheben, wenn die Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage abgelehnt hat —

und § 356 Abs. 1 des Entw.:

> Beleidigungen und Körperverletzungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, können von dem Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden, ohne daß es einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft bedarf.

Der Entwurf unterschied also zwischen der subsidiären und der prinzipalen Privatklage, eine Unterscheidung, auf welche wir demnächst zurückkommen werden.

Um den Umfang des der Privatklage nach dem Entw. zugewiesenen Geltungsgebietes annähernd zu übersehen, bedarf es nur eines Blickes in ein Verzeichnis der strafbaren Handlungen, welche nach dem damals (1874) geltenden Strafgesetzbuch, also

vor der Novelle vom 26. Februar 1876 nur auf Antrag zu verfolgen waren [1]).

Es darf aber nicht vergessen werden, daß sich auch in einer Reihe von anderen Strafgesetzen außer dem Strafgesetzbuche die Bestimmung fand: „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein", und weiter, daß das Geltungsgebiet der Privatklage auch noch Fälle umfassen sollte, in denen sich diese Bestimmung des Gesetzes zwar nicht vorfand, bei denen aber der Strafrichter neben der Strafe auf eine an den Verletzten zu erlegende Buße erkennen konnte. Im Wege der Privatklage sollten Straffälle ihre Erledigung finden können, welche nach dem gleichzeitig mit dem Entw. der St.-P.-O. dem Reichstage zugegangenen Entwurfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes zur Zuständigkeit teils der Schwurgerichte [2]), teils der Strafkammern [3]), teils der Schöffengerichte [4]) gehören sollte.

[1]) Nur auf Antrag zu verfolgen waren nach dem St.-G.-B. v. 15. Mai 1871 vor der Novelle v. 26. Febr. 1876: Feindliche Handlungen gegen auswärtige Staaten, Fürsten ꝛc. § 102; Beleidigung auswärtiger Landesherren ꝛc. § 103; Beleidigung auswärtiger Gesandten beim deutschen Reiche ꝛc. § 104; Hausfriedensbruch § 123; betrügliche Eheschließung § 170; gewaltsame unzüchtige Handlungen, Mißbrauch willenloser Frauenzimmer, unzüchtige Handlungen mit Kindern unter 14 Jahren § 176 Ziff. 1, 2, 3; Notzucht § 177; betrügerische Verleitung zum Beischlaf § 179; Verführung unbescholtener Mädchen unter 16 Jahren § 182; Beleidigung § 185 ff.; Körperverletzung § 223, 230; Entführung § 236, 237; Nötigung § 240; Bedrohung § 241; Verwandten- und Hausdiebstahl § 247; Verwandten- und Hausbetrug § 263; Vereitlung der Zwangsvollstreckung § 288; Diebstahl der eigenen Sache ꝛc. § 289; unbefugte Jagdausübung § 292; unbefugtes Fischen und Krebsen zur Nachtzeit ꝛc. § 296; Verletzung des Briefgeheimnisses § 299; Verletzung der Berufspflicht der Verschwiegenheit § 300; gewinnsüchtiges Kreditgeben § 301, 302; Sachbeschädigung § 303; unbefugtes Fischen und Krebsen § 370 Ziff. 4; Mundraub § 370 Ziff. 5; Futterdiebstahl für das Vieh des Bestohlenen § 370 Ziff. 6.

[2]) §§ 176, 177, 236 St.-G.-B. v. 15. Mai 1871; § 59 Entw. des G.-V.-G.

[3]) §§ 102, 103, 104, 170, 172, 179, 182, 185 ff., 223, 230, 236, 237, 240, 241, 247, 263, 288, 289, 296, 300, 301, 302, 303 St.-G.-B. v. 15. Mai 1871; § 53 Entw. des G.-V.-G.

[4]) §§ 123, 292, 299, 370 Ziff. 4, 5, 6 St.-G.-B. v. 15. Mai 1871; § 14 Entw. des G.-V.-G.

Für alle diese Fälle stellte der Entw. der St.-P.-O. im § 340 den durchschlagenden Grundsatz auf:

> Die Privatklage ist bei demjenigen Gerichte zu erheben, bei welchem die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift einzureichen haben würde.

Obwohl nun der zweite Abschnitt des fünften Buches eine Reihe von besonderen Bestimmungen für das Verfahren auf prinzipale Privatklagen wegen Beleidigung oder Körperverletzung aufstellte, so wurden doch auch diese dem § 340 des Entw. unterstellt, weil sich eine besondere Bestimmung über die Zuständigkeit des Gerichtes für Privatklagen wegen Beleidigung oder Körperverletzung in dem zweiten Abschnitte des fünften Buches nicht fand, und der diesen Abschnitt abschließende § 356 bestimmte:

> Im Übrigen kommen die im ersten Abschnitte dieses Buches gegebenen Bestimmungen auch bei dem hier angeordneten Verfahren zur Anwendung.

Im Widerspruch hiemit enthielt schon der gleichzeitig mit dem Entw. d. St.-P.-O. an den Reichstag herausgegebene Entw. des G.-V.-G. § 15 die Bestimmung:

> Die Schöffengerichte sind ferner zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen, wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht.

Bei der Beratung des Entw. der St.-P.-O. durch die Justiz-Kommission des Reichstages fiel nun gleich bei der ersten Lesung das ganze Institut der subsidiären Privatklage, da sich bei der Abstimmung Stimmengleichheit für und gegen den Entw. in diesem Punkte ergab. Die einzelnen Paragraphen dieses ersten Abschnittes wurden einer Beratung vorerst gar nicht unterzogen, und man ging zur Beratung des zweiten Abschnittes von der prinzipalen Privatklage bei Beleidigungen und Körperverletzungen über. Da jedoch der diesem zweiten Abschnitte angehörige § 356 die Vorschrift erteilte, daß, soweit der zweite Abschnitt nicht besondere Bestimmungen getroffen habe, diejenigen des ersten Abschnittes auch bei der prinzipalen Privatklage An-

wendung finden sollten, stellte sich alsbald die Notwendigkeit heraus, doch auch die einzelnen Paragraphen des ersten Abschnittes von der subsidiären Privatklage einer Beratung zu unterziehen. Nun wurde § 340 als unverträglich mit § 15 des Entw. des G.=V.=G. gestrichen. Diese Beschlüsse der Justiz=Kommission blieben bei der Beratung im Reichstage von Bestand und fanden die Zustimmung des Bundesrats. Demgemäß entscheidet nun die St.=P.=O. nichts über die Zuständigkeit des Gerichtes im Privatklageverfahren, und § 27 Ziff. 3 des G.=V.=G. lautet wörtlich übereinstimmend mit § 15 des Entw. des G.=V.=G. Der Widerspruch zwischen den Bestimmungen des Entw. der St.=P.=O. und denjenigen des Entw. des G.=V.=G. ist beseitigt, aber aus diesem Verlaufe der gesetzgeberischen Arbeit ergab sich nun eine andere Streitfrage.

Nach § 73 Ziff. 1 G.=V.=G. sind die Strafkammern für Beleidigungen und Körperverletzungen zuständig, wenn dieselben nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören, und diese sind für die genannten Vergehen nur dann nach § 27 Ziff. 3 G.=V.=G. zuständig, wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht. Nach § 417 Abs. 2 St.=P.=O. hat aber die Staatsanwaltschaft das Recht, jeden Augenblick die Verfolgung der im Wege der Privatklage verfolgten Beleidigung oder Körperverletzung zu übernehmen, und es mußten nun notwendig die Fragen entstehen, deren Beantwortung in nachfolgender Erörterung versucht werden soll:

I. Welches Gericht ist zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, wenn nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung des Angeschuldigten übernehme?

II. Wie gestaltet sich das weitere Verfahren nach einer solchen Erklärung?

III. In welchen Formen ist eine solche Erklärung abzugeben und inwieweit ist die Staatsan=

waltschaft nach Abgabe derselben in **ihren** Entschließungen beschränkt?

I. Welches Gericht ist zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, wenn nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme?

Die Bestimmung im Entw. des G.-V.-G. § 355:

Die Staatsanwaltschaft kann in jeder Lage der Sache bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch eine ausdrückliche Erklärung die Verfolgung übernehmen,

konnte zu keiner Kollision in Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichtes führen, so lange der § 340 des Entw. von Bestand blieb; denn nach Vorschrift dieses Paragraphen war dasselbe Gericht im Falle des Verfahrens auf Privatklage wie im Falle des Verfahrens auf öffentliche Klage zuständig. Als nun aber § 340 des Entw. gefallen war, hätte auch der § 355 des Entw. fallen, oder es hätte eine Bestimmung getroffen werden müssen, entweder, daß in dem unterstellten Falle die einmal begründete Zuständigkeit des Schöffengerichts in Kraft bleibe oder daß die Sache an die Strafkammer übergehe. Weder das Eine noch das Andere geschah. § 355 des Entw. wurde wörtlich genehmigt und fand als § 417 Abs. 2 u. 3 Aufnahme in das Gesetz. Eine Bestimmung über die Zuständigkeit des Gerichtes beim Wechsel des Verfolgenden wurde nicht getroffen. Das Gesetz ließ die Frage ohne ausdrückliche Antwort, und sie hat bei den verschiedenen Kommentatoren und Gerichten die entgegengesetzte Beantwortung gefunden.

Aus der Entstehungsgeschichte der St.-P.-O. und des G.-V.-G. ist kein Grund für die eine oder die andere Auffassung zu gewinnen, denn der Entw. der St.-P.-O. ging von einem anderen durchschlagenden Grundsatze aus und befand sich schon im Widerspruche mit dem Entw. des G.-V.-G.; der letztere ist allerdings ausgearbeitet mit dem Bewußtsein, daß der § 355 des Entw. der St.-P.-O. der Staatsanwaltschaft das Recht

gebe: „Die Sache aus Gründen des öffentlichen Wohles an sich zu ziehen".

Vergl. Motive zum Entw. des G.-V.-G. § 15.

Aber, daß dann die Frage der Zuständigkeit des Gerichtes zweifelhaft werde, ist offenbar den Verfassern des Entw. des G.-V.-G. nicht in den Sinn gekommen, da sie andernfalls mindestens in den Motiven sich darüber ausgesprochen haben würden. Ebensowenig ist auch bei den Beratungen der Justiz-Kommission und des Reichstages diese Frage berührt, und es bleibt nur übrig, dieselbe nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

Für die Ansicht, daß die Zuständigkeit des einmal durch Erhebung der Privatklage zuständig gewordenen Schöffengerichtes fortdauere, wird angeführt, daß die That dieselbe bleibe, ob nun der Privatkläger oder der Staatsanwalt sie verfolge, und daß mithin, wenn die Person des Verfolgenden wechsele, daraus doch keine Unzuständigkeit des gerade für diese That zuständigen Gerichtes resultieren könne.

Vgl. Keller, die Strafprozeßordnung § 417 Note 3 und die dort Angeführten:

von Schwarze, Erörterungen prakt. wichtiger Materien, 1. Heft pag. 40,

Löwe, die St.-P.-O. zu § 27 des G.-V.-G. Note 12.

Die Folgerichtigkeit dieses Schlusses ist aber nicht anzuerkennen.

Der Umstand, daß es sich in einem früheren und demnächst in einem späteren Stadium des Strafverfahrens um dieselbe Strafthat handelt, reicht nicht aus, um die fortdauernde Zuständigkeit des anfänglich zuständigen Gerichtes zu begründen. Wenn dieselbe Strafthat, welche nach dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens sich als ein zur Zuständigkeit des Schöffengerichtes stehendes Vergehen darstellt, nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung ein zur Zuständigkeit der Strafkammer gehöriges Vergehen ist, dauert die Zuständigkeit des Schöffengerichtes keineswegs fort, obwohl dieselbe anfänglich begründet war und obwohl es sich auch nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung um dieselbe That handelt. Sobald sich die

rechtliche Beurteilung der Strafthat ändert, ist auch die Zuständigkeit des Gerichtes aufs Neue in Frage gestellt, und die Fortdauer der Zuständigkeit des ursprünglich zuständigen Gerichtes greift nur Platz, wenn auch die strafbare Handlung, als welche neuerdings die Strafthat erscheint, ebenfalls zur Zuständigkeit desselben Gerichtes gehört oder wenn die singulären Vorschriften in § 269 St.-P.-O.:

> Das Gericht darf sich nicht für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört —

oder in § 28 G.-V.-G.:

> Ist die Zuständigkeit des Schöffengerichtes durch den Wert einer Sache oder den Betrag eines Schadens bedingt, und stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß der Wert oder Schaden mehr als 25 Mk. beträgt, so hat das Gericht seine Unzuständigkeit nur dann auszusprechen, wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung erscheint —

Anwendung finden. Im Übrigen sagt § 6 St.-P.-O.

> Das Gericht hat seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen —

also doch auch, sobald sich seine Unzuständigkeit herausstellt, dieselbe auszusprechen.

**Exempla docent.** Vor dem Schöffengerichte ist die Hauptverhandlung gegen den A. eröffnet, weil derselbe verdächtig ist, am 15. Oktober 1884, Abends 7 Uhr, dem B. aus dem unverschlossenen, in seiner Arbeitsstube stehenden Geldschranke einen 20-Markschein in der Absicht weggenommen zu haben, sich denselben rechtswidrig zuzueignen — Vergehen gegen § 242 St.-G.-B. — In der Hauptverhandlung wird festgestellt, daß der A. **diese** That begangen hat, aber weiter, daß er sie ausgeführt hat, indem er durch das geöffnete Fenster in das Geschäftszimmer des B. von der Straße aus eingestiegen ist. Die Identität der im Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens bezeichneten und der in der Hauptverhandlung festgestellten That ist zweifellos, auch war das Schöffengericht für diese That zuständig, so lange nicht ermittelt war, daß sie mittels Einsteigens ausge-

führt sei; dennoch hört die Zuständigkeit des Schöffengerichts auf; dasselbe hat nach § 270 Abs. 1 St.=P.=O. seine Unzuständigkeit durch Beschluß auszusprechen und die Sache vor die nunmehr zuständige Strafkammer zu verweisen, weil nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die dem Angeklagten zur Last gelegte That sich als Verbrechen gegen § 243 Ziff. 2 St.=G.=B. darstellt und für ein solches die Strafkammer zuständig ist.

Die Beweisführung derjenigen fällt also zusammen, welche aus der Identität der That die Fortdauer der Zuständigkeit des Schöffengerichts in dem Falle folgern wollen, daß die Verfolgung einer im Wege der Privatklage geltend gemachten Beleidigung oder Körperverletzung durch die Staatsanwaltschaft übernommen wird, weil die Identität der That nicht ausreicht, den Wechsel der Zuständigkeit des Gerichtes zu verhindern.

Der Einwand freilich liegt nahe, daß sich die beiden eben verglichenen Fälle doch wesentlich von einander unterscheiden; ein Diebstahl ohne Qualifikation sei doch eine andere That, als derselbe Diebstahl mit Qualifikation, während eine bestimmte Beleidigung oder Körperverletzung doch nimmermehr eine andere werde, je nachdem ein Privatkläger oder der Staatsanwalt sie verfolge. Wenn eine anfänglich als einfacher Diebstahl von 20 Mk. behandelte That nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung ein qualifizierter Diebstahl sei, so habe sich nachträglich herausgestellt, daß für diese That das anfänglich für zuständig gehaltene Schöffengericht in der That nicht zuständig gewesen sei.

Indeß auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig, die St.=P.=O. unterscheidet nicht zwischen einer Identität der That im weiteren und engeren Sinne. Der Begriff der Identität der That ist aus § 263 St.=P.=O. zu entnehmen, und wenn aus ihm Folgerungen gezogen werden, so müssen diese für alle unter den Begriff gehörigen Fälle Geltung haben, auch wenn die Identität der That in dem einen Falle noch gewisse abweichende Eigenschaften gegenüber dem anderen Falle zeigt.

Gegen die Argumentation, daß die Zuständigkeit des Gerichtes doch nicht wechseln könne, je nachdem der Privatkläger oder der Staatsanwalt die Verfolgung einer Beleidigung oder

Körperverletzung betreibe, so lange es sich um dieselbe That handle, spricht aber noch ein weiterer Grund.

Wenn die **Identität** der That zum Ausgangspunkte für die Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichtes genommen wird, so muß notwendig die **Beschaffenheit** der That die gesetzliche Grundlage für die Zuständigkeit des Gerichtes sein. Nun ist aber nach § 27 Ziff. 3 G.-V.-G. die Beschaffenheit der That keineswegs die alleinige Grundlage für die Zuständigkeit der Schöffengerichte bei Beleidigungen und Körperverletzungen, sondern es gehört auch noch dazu, daß die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht. Folgerungen also, welche aus der Identität der That allein gezogen werden, müssen fehlsam sein.

Die Auffassung endlich, als ob es an sich gegen einen fundamentalen Rechtsgrundsatz verstoße, wenn die einmal begründete Zuständigkeit eines Gerichtes im Laufe des Prozesses aufhöre und auf ein anderes Gericht übergehe, wird durch die St.-P.-O. und das G.-V.-G. widerlegt.

In zwei Fällen nämlich, in denen ein Wechsel der Zuständigkeit des Gerichtes während des Prozesses in Frage kommen konnte, die Gesetzgebung denselben aber ausschließen wollte, hat sie es für erforderlich erachtet, eine besondere gesetzliche Bestimmung zu treffen, welche den beabsichtigten Erfolg bei der Rechtsprechung sicher stellt. Es sind dies die schon oben erwähnten Fälle in § 269 St.-P.-O.:

> Das Gericht darf sich nicht für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre;

und in § 28 G.-V.-G.:

> Ist die Zuständigkeit des Schöffengerichtes durch den Wert einer Sache oder den Betrag eines Schadens bedingt und stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß der Wert oder Schade mehr als 25 Mk. beträgt, so hat das Gericht seine Unzuständigkeit nur dann auszusprechen, wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung geboten erscheint.

Hieraus darf geschlossen werden, daß nach des Gesetzgebers

Auffassung in diesen Fällen ein Wechsel in der Zuständigkeit des Gerichtes eintreten müßte, wenn derselbe nicht durch besondere gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen werde, denn andernfalls würden diese beiden gesetzlichen Bestimmungen ja nur für zwei besondere Fälle die Geltung des durchgreifenden Rechtsgrundsatzes von der Unerschütterlichkeit einer einmal begründeten Zuständigkeit, mithin etwas völlig Selbstverständliches, und deshalb Überflüssiges aussprechen, und dies darf nicht angenommen werden.

Sehen wir davon ab, daß § 269 St.-P.-O. auch den Fall umfaßt, wenn es dem Gerichte höherer Ordnung von vorneherein, d. h. also vom Augenblicke der Erhebung der öffentlichen Klage an, klar ist, daß für die Sache ein Gericht niederer Ordnung zuständig ist, so ist nicht zu verkennen, daß es sich in erster Linie sowohl nach § 269 St.-P.-O. als allemal nach § 28 G.-V.-G. um Fälle handelt, in denen sich im Laufe des Prozesses nachträglich herausstellt, daß das anfänglich für zuständig gehaltene Gericht in der That von Anfang an nicht zuständig gewesen wäre, wenn uns gewisse Thatsachen schon bekannt gewesen wären, während in unserem Falle eine im Laufe des Prozesses erst sich ereignende Thatsache, nämlich die Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft, die zur Zeit der Erhebung der Privatklage allerdings in der That begründete Zuständigkeit des Schöffengerichtes aufhebt.

Indeß sehen wir § 269 St.-P.-O. etwas genauer an, so werden wir finden, daß er auch die Fälle umfaßt und für die Fälle ebenfalls bestimmt ist, in welchen die anfänglich in der That begründete Zuständigkeit eines Gerichtes höherer Ordnung durch eine während des Prozesses eintretende Thatsache an sich und ohne das Vorhandensein jener lex specialis aufgehoben sein würde und die Zuständigkeit des Gerichtes niederer Ordnung Platz greifen mußte. Folgendes Beispiel mag die Behauptung rechtfertigen.

Der A. hat zur Nachtzeit auf der Straße einer Stadt, also ungebührlicher Weise, ruhestörenden Lärm dadurch erregt, daß er laut rufend Schimpfworte in Bezug auf den beim deutschen Reiche beglaubigten Gesandten B. ausstieß. Dieser bean-

tragte Bestrafung des A. Nachdem auf erhobene öffentliche Klage das Hauptverfahren gegen den A. wegen Beleidigung, Vergehen gegen § 104 St.=G.=B., in idealer Konkurrenz (§ 73 St.=G.=B.) mit Erregung ruhestörenden Lärms, Übertretung gegen § 360 Ziff. 11 St.=G.=B., vor der Strafkammer eröffnet ist, zieht der Gesandte B. den Strafantrag zurück. Nun hört an sich die Zuständigkeit der Strafkammer auf, weil als zu verfolgende strafbare Handlung nur die Erregung ruhestörenden Lärms übrig bleibt und für diese Übertretung nach § 27 Ziff. 1 G.=V.=G. das Schöffengericht zuständig ist. Die Zuständigkeit der Strafkammer, welche in der That anfänglich nach § 73 Ziff. 1 St.=P.=O. vorhanden war, ist an sich aufgehoben durch ein während des Prozesses eingetretenes Ereignis, die Zurücknahme des Strafantrages durch den Gesandten B.

Es wird nicht bestritten werden, daß auch für diesen Fall der § 269 St.=P.=O. die Norm giebt, und daß deshalb (ausnahmsweise) die Strafkammer zuständig bleiben soll.

Die §§ 269 St.=P.=O. und 28 G.=V.=G. beweisen demnach, daß das geltende Strafprozeßrecht den Rechtsgrundsatz der Unerschütterlichkeit der einmal begründeten Zuständigkeit eines Gerichtes nicht als einen allgemeinen, sondern nur als einen für zwei spezielle Fälle angeordneten kennt.

Auf dem Wege einfacher Schlußfolgerung ergiebt sich denn die Antwort auf unsere Frage: Welches Gericht ist zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, wenn nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme? nachdem wir nachgewiesen haben, daß eine positive Rechtsnorm nicht entgegensteht, als ein Gebot logischer Notwendigkeit.

Wenn nämlich feststeht, daß für die nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen im Falle der Privatklage das Schöffengericht, und im Falle der öffentlichen Klage die Strafkammer zuständig ist, wenn ferner feststeht, daß die öffentliche Klage nur von der Staatsanwaltschaft erhoben werden kann (§ 168 St.=P.=O.), und daß andererseits die Staatsanwaltschaft, wie alle sonstigen strafbaren Handlungen, so

auch Beleidigungen und Körperverletzungen **nur** durch öffentliche Klage verfolgen kann, und wenn endlich feststeht, daß bei diesen zuletzt genannten Vergehen ein einmaliger Wechsel in der Person des Verfolgenden in der Richtung vorkommen kann, daß dann, wenn die Verfolgung vom Verletzten durch Privatklage eingeleitet ist, die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernehmen kann, so folgt mit logischer Notwendigkeit aus diesen Vordersätzen, daß die durch die Erhebung der Privatklage rechtsgültig begründete Zuständigkeit des Schöffengerichts nachträglich in Folge eines während des Prozesses eingetretenen Ereignisses aufgehoben wird und die Zuständigkeit der Strafkammer Platz greift, sobald die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt.

Diese logische Notwendigkeit scheint der durchschlagende Grund auch für das Reichsgericht gewesen zu sein, welches sich in einer neuerdings erlassenen Entscheidung für den Wechsel der Zuständigkeit in dem Falle entschieden hat, dessen eingehende Erörterung hier versucht wird.

Vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. X pag. 237 ff.

Es heißt hier pag. 241:

> Kann nach § 417 St.=P.=O. dem Schöffengerichte bis zum letzten Augenblicke vor der Urteilsfindung die Privatklage entzogen, durch eine öffentliche ersetzt werden, und verbietet das Gesetz dem Schöffengerichte die Aburteilung aller öffentlichen Klagen wegen Beleidigung und Körperverletzungen unbedingt, so folgt daraus, daß ohne Rücksicht auf den Eröffnungsbeschluß die Unzuständigkeit des Schöffengerichts bis zum letzten Augenblicke vor der Urteilsfindung über solche Anklagen eintreten kann.

Diese Entscheidung hat auch den Wortlaut des G.=V.=G. § 37 Ziff. 3 für sich:

> Die Schöffengerichte sind zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen, w e n n d i e V e r f o l g u n g i m W e g e d e r P r i v a t k l a g e **geschieht**.

Dieser Ausdruck ist zwar vom Gesetzgeber nicht in der Absicht gewählt, um die Auslegung auszuschließen, welche möglich

wäre, wenn geschrieben stände: „Wenn Privatklage **erhoben ist**", oder: „wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage **eingeleitet ist**", denn der Gesetzgeber hatte sich, wie oben schon erwähnt wurde, die Möglichkeit der Streitfrage nicht zum Bewußtsein gebracht. Wenn also das Reichsgericht in seiner Entscheidung,

vgl. pag. 240 a. a. O.,

aus diesem Ausdrucke in erster Linie Schlüsse zieht, so wird diesem Argumente eine überzeugende Bedeutung nicht beigelegt werden können, immerhin aber ist es nicht unwichtig, daß der im Gesetze gebrauchte Ausdruck im Einklange steht mit der Auffassung, welche vom Reichsgerichte und in dieser Erörterung verteidigt wird; denn umgekehrt, wenn das Gesetz sich des Ausdrucks bedient hätte: „wenn die Privatklage erhoben **ist**" — oder: „wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage eingeleitet **ist**," so würde man dem Gedanken eine gewisse Berechtigung haben zugestehen müssen, daß der Gesetzgeber dadurch habe andeuten wollen, die einmal begründete Zuständigkeit des Schöffengerichtes bleibe von Bestand, auch wenn die Staatsanwaltschaft später die Verfolgung übernehme.

Ich beantworte demnach die Frage: Welches Gericht ist zuständig für die nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, wenn nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme? mit den Worten: die örtlich zuständige Strafkammer des Landgerichts.

II. Wenn die hier verteidigte Ansicht richtig ist, daß die Zuständigkeit des Schöffengerichtes mit jener Erklärung der Staatsanwaltschaft aufhört und die Zuständigkeit der Strafkammer eintritt, entsteht unmittelbar die Frage, in welchen Formen vollzieht sich denn der Übergang des Verfahrens von dem bisher zuständigen auf das nunmehr zuständige Gericht?

Es läßt sich von vorneherein annehmen, daß diese Formen verschiedene sein müssen, je nachdem das Verfahren in dem

Augenblicke, in welchem die Zuständigkeit des Gerichtes wechselt, mehr oder weniger vorgeschritten ist. Es sollen deshalb 5 Stadien des Prozesses gesonderter Betrachtung unterzogen werden.

Die Staatsanwaltschaft kann die in § 417 Abs. 2 St.-P.-O. vorgesehene ausdrückliche Erklärung abgeben:

A. nach erhobener Privatklage, aber vor **Erlaß** des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens,
B. nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor der Hauptverhandlung,
C. während der Hauptverhandlung, aber vor Schluß der Beweisaufnahme,
D. nach Schluß der Beweisaufnahme, aber vor Verkündung des Urteils,
E. während der Rechtsmittelfrist.

In jedem dieser 5 Fälle wird dann weiter zu unterscheiden sein, ob der Amtsrichter bezw. das Schöffengericht die rechtliche Überzeugung der Staatsanwaltschaft teilt, daß die Strafthat den §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. zu unterstellen ist oder nicht.

A. Wenn die Privatklage gemäß § 421 St.-P.-O. § 27 Ziff. 3 G.-V.-G. beim Amtsrichter erhoben und nach Vorschrift des § 422 St.-P.-O. der Staatsanwaltschaft mitgeteilt ist, kann diese die in § 417 Abs. 2 St.-P.-O. vorgesehene Erklärung abgeben, bevor noch ein Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt ist.

1. Angenommen, der Amtsrichter und die Staatsanwaltschaft gehen von der gleichen rechtlichen Überzeugung aus, daß es sich um eine nach §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. zu strafende That handelt, so steht mit dem Augenblicke, in welchem die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt, auch für den Amtsrichter fest, daß die bei ihm einge-

reichte Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteigt. Wenn nun folgeweise zwar der Amtsrichter von diesem Augenblicke an zu einer Entscheidung in der Sache selbst offenbar nicht mehr befugt ist, weil er nicht mehr zuständig ist, so fällt ihm doch ebenso gewiß die prozeßleitende Verfügung noch zu, welche die Sache vor den zuständigen Richter zu bringen bestimmt ist.

Diese Form des Verfahrens für diesen Fall zu ordnen, hat die St.-P.-O. nicht unterlassen.

§ 423 lautet:

> Nach Eingang der Erklärung des Beschuldigten oder Ablauf der Frist entscheidet das Gericht darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder die Klage zurückzuweisen sei, nach Maßgabe der Bestimmungen, welche bei einer von der Staatsanwaltschaft unmittelbar erhobenen Anklage Anwendung finden.

Diese Bestimmungen finden sich im vierten Abschnitt des zweiten Buches der St.-P.-O., welcher von der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens handelt und die nachfolgende Vorschrift in § 207 Abs. 2 enthält:

> Ebenso hat der Amtsrichter, wenn er findet, daß eine bei ihm eingereichte Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteige, die Akten durch Vermittelung der Staatsanwaltschaft dem Landgerichte zur Entscheidung vorzulegen.

Wie also der Amtsrichter in dem Verfahren auf öffentliche Klage, wenn er findet, daß die bei ihm eingereichte Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteigt, durch § 207 Abs. 2 St.-P.-O. angewiesen ist, noch die prozeßleitende Verfügung zu treffen, durch welche er die Akten dem Landgerichte zur Entscheidung vorlegt, so wird er durch § 423 St.-P.-O. in dem Verfahren auf erhobene Privatklage genau auf denselben Weg gewiesen, sobald die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt und folgeweise die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteigt.

Man wende gegen die Anwendbarkeit des § 207 Abs. 2 St.-P.-O. auf unseren Fall nicht ein, daß es ja als ein leeres Spiel erscheine, die Entscheidung des Landgerichts anzurufen in einem Falle, in welchem eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Amtsrichter und der Staatsanwaltschaft gar nicht vorhanden sei.

Der Entscheidung des Landgerichtes wird nach § 207 Abs. 2 St.-P.-O. nicht allein die Frage nach der Zuständigkeit des Schöffengerichts, sondern auch die weitere Frage unterbreitet, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll oder nicht? und diese Frage muß ja jedenfalls noch ihre Entscheidung finden.

Der Einwurf trifft überdies nicht etwa die Anwendbarkeit des § 207 Abs. 2 St.-P.-O. im Privatklageverfahren allein, sondern ebenso im öffentlichen Verfahren, für welches die Gesetzesbestimmung doch in erster Linie getroffen ist. Denn auch in diesem kann es vorkommen und kommt oft genug vor, daß die Amtsanwaltschaft eine Anklageschrift beim Amtsrichter einreicht wegen einer Strafthat, welche derselbe als zur Zuständigkeit der Strafkammer gehörig ansieht und daß die Staatsanwaltschaft beim Landgericht, wenn nun die Akten an sie gelangen, der Ansicht des Amtsrichters beitritt. Dies behindert das Landgericht durchaus nicht, die Entscheidung abzugeben, daß die Strafthat zur Zuständigkeit der Strafkammer gehöre und daß das Hauptverfahren eröffnet oder abgelehnt werde [5]).

---

[5]) Man begegnet freilich nicht selten der Meinung, daß die Staatsanwaltschaft nur die öffentliche Anklage zurückzunehmen brauche, um die Entscheidung des Landgerichts und die Vorlage der Akten bei demselben zu hindern. Nun ist das Recht der Staatsanwaltschaft, die öffentliche Klage in diesem Stadium des Verfahrens zurückzunehmen, an sich nicht zu bestreiten, denn die Schranke für die Ausübung dieses Rechtes errichtet § 154 St.-P.-O. durch die Bestimmung:

> Die öffentliche Klage kann nach Eröffnung der Untersuchung nicht zurückgenommen werden,

d. h. nach Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens. Aber ebenso wenig fraglich ist der andere Satz, daß der Beschluß des Amtsrichters, durch welchen er die Sache dem Landgerichte zur Entscheidung vorgelegt, entweder erledigt oder umgestoßen werden muß. Erledigt wird er nur durch

2. **Wenn der Amtsrichter, nachdem die Privatklage bei ihm erhoben worden, die rechtliche Überzeugung gewinnt, daß die angebliche Straf-**

---

durch Vorlage der Akten bei dem Landgerichte, und umgestoßen kann er nur werden, wenn Beschwerde erhoben wird und der Amtsrichter selbst oder das Beschwerdegericht ihn aufhebt. Nimmer aber kann die Staatsanwaltschaft ihn erledigen oder umstoßen. Das Recht der Letzteren, ihre Anklage zurückzunehmen, steht aber auch gar nicht im Widerspruch mit dem Satze, daß der auf Grund des § 267 Abs. 2 St.=P.=O. erlassene Beschluß des Amtsrichters entweder erledigt oder umgestoßen werden muß und daß Beides von der Staatsanwaltschaft nicht beschafft werden kann. Das Landgericht wird nur bei Erledigung des Beschlusses die inzwischen seitens der Staatsanwaltschaft erklärte Zurücknahme der öffentlichen Klage zu berücksichtigen und demgemäß zu beschließen haben, daß die Strafkammer zuständig sei, daß aber die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht erfolge, weil keine Anklage mehr vorliege. Es mag immerhin scheinen, als ob dieser Beschluß des Landgerichts denn doch nur eine leere Form sei; dennoch empfiehlt es sich, diese korrekte Form des Verfahrens aufrecht zu halten, um für eine erneuerte spätere Anklage wegen derselben That freie Bahn zu schaffen. Setzen wir folgenden Fall voraus: Der Amtsanwalt erhebt Anklage beim Amtsrichter gegen den A., welchen er beschuldigt, am 15. Oktober 1884, Mittags 1 Uhr, in gefährlicher Nähe von Gebäuden mit einem Feuergewehr einen Schuß abgegeben und durch denselben einen Hund im Werte von 50 Mk. vorsätzlich getötet zu haben. Da über das Eigentum des Hundes ein Prozeß schwebt, und der Amtsanwalt bezüglich der Legitimation zur Stellung des Strafantrages, den nur Einer der Prozeßführenden gestellt hat, zweifelhaft ist, beschränkt er sich darauf, Anklage aus § 368 Ziff. 8 St.=P.=O. zu erheben. Der Amtsrichter findet, daß die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteigt, weil mit der Übertretung gegen § 368 Ziff. 8 St.=G.=B. das Vergehen gegen § 303 St.=G.=B. ideell konkurriere und beschließt, daß die Akten gemäß § 207 Abs. 2 St.=P.=O. dem Landgerichte vorzulegen seien. Der Staatsanwalt beim Landgerichte zieht, sobald die Akten an ihn gelangen, die ganze Anklage zurück, schickt dann, ohne die Akten dem Landgerichte vorgelegt zu haben, dieselben dem Amtsanwalt wieder zu mit dem Auftrage, unter Beschränkung der thatsächlichen Begründung der Anklage auf den vom Beschuldigten am 15. Oktober 1884, Mittags 1 Uhr, in gefährlicher Nähe von Gebäuden abgegebenen Schuß Anklage aus § 368 Ziff. 8 St.=G.=B. zu erheben oder einen desfallsigen Strafbefehl zu beantragen. Hier würde der Amtsrichter in die Lage kommen, über dieselbe Strafthat beschließen zu sollen, über welche nach seinem früheren weder erledigten noch umgestoßenen Beschluß das Landgericht Entscheidung zu treffen hat. Der Amtsrichter wird mit

that **entweder überall keine strafbare Handlung ist oder unter ein anderes Strafgesetz fällt als §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B.**, würde er ohne das Dazwischentreten der Erklärung der Staatsanwaltschaft die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 423 St.-P.-O. ablehnen mit der Begründung, daß die in der Privatklage bezeichnete Strafthat kein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. sei, daß mithin das Privatklageverfahren nicht anwendbar, die That im Wege der Privatklage nicht verfolgbar sei. Die positive Auffassung des Amtsrichters, sei es, daß überall keine strafbare Handlung vorliege, oder daß eine bestimmte andere strafbare Handlung (Übertretung, Vergehen oder Verbrechen) begangen sei, würde nicht zum Ausdruck kommen dürfen, weil eine Entscheidung hierüber im Privatklageverfahren ausgeschlossen ist. Ist nun das Letztere in Folge der Übernahme der Verfolgung des Angeschuldigten durch die Staatsanwaltschaft in ein Verfahren auf öffentliche Klage übergegangen, so hat die Zuständigkeit des Amtsrichters aufgehört, er darf eine Entscheidung in der Sache nicht mehr treffen, folglich die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mehr ablehnen; wohl aber fällt ihm, wie schon oben ausgeführt wurde, die prozeßleitende Verfügung zu, durch welche die Sache vor den zuständigen Richter gebracht werden soll. Über die Beschaffenheit dieser prozeßleitenden Verfügung giebt nun für den jetzt unterstellten Fall die St.-P.-O. unmittelbar keine Vorschrift.

Gemäß § 207 Abs. 2 St.-P.-O. kann der Amtsrichter die Akten dem Landgerichte nicht zur Entscheidung vorlegen, weil dies Verfahren nur vorgeschrieben ist, **wenn er findet**, daß die bei ihm eingereichte Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes übersteige. An dieser Voraussetzung fehlt es in unserem Falle allemal. Wenn der Amtsrichter die rechtliche Überzeugung

Recht jetzt den Beschluß als unzulässig von der Hand weisen mit der Begründung, daß nach dem früheren unerledigten Beschlusse das Landgericht zu entscheiden habe. — Über das Recht der Staatsanwaltschaft, die Anklage zurückzuziehen, wenn sie nach erhobener **Privatklage** die Verfolgung übernommen hat, wird weiterhin in der Abhandlung selbst noch zu reden sein.



gewonnen hat, daß die Anklagethatsachen überall keine strafbare Handlung enthalten, so findet er keineswegs, daß die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichts übersteigt, und wenn er der Ansicht ist, daß die Strafthat kein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. ist, so findet er, daß das Privatklageverfahren nicht stattzufinden habe, aber nicht allemal, daß die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichts übersteigt, denn, abgesehen davon, daß er vielleicht ein anderes zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehöriges Vergehen oder eine Übertretung als begangen ansieht, kommt es, wie oben dargethan, zu einer Feststellung der Frage, welche Übertretung, welches Vergehen oder welches Verbrechen er als begangen ansieht, gar nicht; der Amtsrichter mag sich im Inneren eine Meinung darüber bilden, er darf dieser seiner Meinung aber weder Ausdruck geben, noch irgend welchen Einfluß zugestehen, er hat sie **amtlich** nicht zu entscheiden. § 207 Abs. 2 St.-P.-O. giebt also in unserem Falle keine Norm für das weitere Verfahren.

Nun ist es aber nicht zu bezweifeln, daß die Entscheidung in der Sache selbst, welche der Amtsrichter zu treffen behindert ist, überhaupt erfolgen muß, ferner, daß die Übereinstimmung des Privatklägers mit der Auffassung der Staatsanwaltschaft bezüglich der rechtlichen Beurteilung der Strafthat als eines Vergehens gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-P.-O. den Fortschritt des Verfahrens nicht bewirkt, und endlich, daß die Entscheidung nur von der Strafkammer getroffen werden kann.

Von einem Beschluß des Amtsrichters, daß das Verfahren auf die Privatklage eingestellt werde,

vgl. Entsch. des R.-G. a. a. O. pag. 241,

kann in diesem Falle nicht gesprochen werden, denn § 429 St.-P.-O., welcher von der Einstellung des Verfahrens im Privatklageverfahren handelt, setzt voraus, daß das Hauptverfahren bereits eröffnet war und daß die Hauptverhandlung stattgefunden hat. Eine einfache Übersendung der Akten seitens des Amtsrichters an die Staatsanwaltschaft zum weiteren Verfahren,

vgl. Entsch. des R.-G. a. a. O. pag. 241,

ist ebenfalls unthunlich, denn die Sache ist bereits durch die Privatklage beim Gerichte anhängig und muß also bis zu ihrer Erledigung in Händen der Gerichte bleiben.

Beim Mangel irgend einer anwendbaren Bestimmung der St.-P.-O. bleibt nichts Anderes übrig, als sachgemäß im Geiste dieses Gesetzes die zweckentsprechende Form des Verfahrens in unserem Falle festzustellen.

Der Amtsrichter wird den Stand der Sache mittels Beschlusses darlegen und die Akten zum weiteren Verfahren der Strafkammer vorlegen müssen. Der Beschluß würde etwa also lauten: „In der Privatklagesache 2c. werden, nachdem die Staatsanwaltschaft die ausdrückliche Erklärung abgegeben hat, daß sie die Verfolgung des Angeschuldigten übernehme, die Akten der Strafkammer des Landgerichts zum weiteren Verfahren vorgelegt, weil der Amtsrichter durch jene Erklärung der Staatsanwaltschaft behindert ist, die seiner rechtlichen Überzeugung entsprechende Entscheidung in der Sache dahin abzugeben, daß das Privatklageverfahren keine Anwendung finde, und daß die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt werde.“ Es kommt dies inhaltlich auf das Verfahren hinaus, welches § 207 Abs. 2 St.-P.-O. vorschreibt, indeß wird diese Gesetzesstelle zur direkten Begründung solchen Verfahrens nicht verwendet werden können — vielleicht darf man aber von analoger Anwendung derselben sprechen.

B. Mit dem auf die Privatklage ergehenden Beschlusse des Amtsrichters, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet wird, beginnt ein neuer Abschnitt des Prozesses. Es ist zu prüfen, welche Verfügungen vom Amtsrichter zu treffen sind, wenn nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor Beginn der Hauptverhandlung die Staatsanwaltschaft die in § 417 Abs. 2 St.-P.-O. vorgesehene Erklärung abgiebt.

Der von der Privatklage handelnde erste Abschnitt des fünften Buches der St.-P.-O. giebt für diesen Fall keine besondere Vorschrift, und wenn § 424 St.-P.-O. anordnet, daß das

„weitere" Verfahren in Privatklagesachen (d. h. nach Eröffnung des Hauptverfahrens) sich nach den Bestimmungen richten soll, welche für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage gegeben sind, so wird man in dem fünften Abschnitte des zweiten Buches der St.-P.-O. vergeblich nach einer auf unseren Fall anwendbaren Norm suchen, ja man darf von vorneherein diese Norm hier gar nicht erwarten. Denn, abgesehen von einem auf ganz besonderer Bestimmung beruhenden Falle der Verbindung zusammenhängender Sachen nach § 4 St.-P.-O. muß im Verfahren auf erhobene öffentliche Klage stets die Hauptverhandlung vor demjenigen Gerichte folgen, vor welchem das Hauptverfahren eröffnet ist; ein Fall der Devolution einer Strafsache von einem Gerichte an ein anderes zwischen dem Zeitpunkte der Eröffnung des Hauptverfahrens und dem Beginne der Hauptverhandlung kommt, abgesehen von § 4 St.-P.-O. im Verfahren auf öffentliche Klage nicht vor. Es fehlt mithin für unseren Fall eine zutreffende Norm. Diese Lücke in der Gesetzgebung ist eine von den Folgen der keineswegs durchweg sachgemäßen Umarbeitung des Entw. der St.-P.-O. durch die Justizkommission.

Vgl. Löwe, St.-P.-O. zu Buch 5 Abschn. 1 Anm. 1.

Der Entwurf der St.-P.-O. kannte die Zuständigkeit der Schöffengerichte in Privatklagesachen nicht, vielmehr wies er die Privatklagen vor dasjenige Gericht, welches nach der abzuurteilenden strafbaren Handlung zuständig war (§ 340 Entw.), und mithin bot der Übergang vom Privatklageverfahren zum öffentlichen Anklageverfahren keine Schwierigkeit; die Sache blieb in dem einen wie in dem anderen Falle vor demselben Gerichte anhängig, dasselbe Gericht war in beiden Fällen zuständig. Sobald dieser Grundsatz verlassen wurde, vernotwendigte sich eine besondere Bestimmung über die Form, in welcher der nun mögliche Wechsel in der Zuständigkeit des Gerichtes sich vollziehen solle. Diese Notwendigkeit haben die Justizkommission und die gesetzgebenden Faktoren übersehen.

Das Reichsgericht erklärt es in seiner schon mehrfach erwähnten Entscheidung

Bd. X pag. 241

für die einfachste, der Natur der Sache am meisten entsprechende Lösung, daß das Schöffengericht (d. h. in dem hier vorausgesetzten Falle gemäß § 30 Abs. 2 G.-V.-G. der Amtsrichter) das nunmehr mit dem Fortfalle des Privatklägers erledigte Privatklageverfahren durch Beschluß einstellt und die Akten der Staatsanwaltschaft zum weiteren Betriebe nach Maßgabe der nunmehr anwendbaren Kompetenzvorschriften mitteilt.

Diese Ansicht unterliegt erheblichen Bedenken.

Wenn das Verfahren durch Beschluß des Amtsrichters eingestellt würde, so würde ein weiteres Verfahren nur auf Grund einer neuen Anklageschrift der Staatsanwaltschaft möglich sein und das nun zuständige Gericht würde aufs Neue über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen haben. Dagegen spricht aber der Wortlaut des § 417 Abs. 2 St.-P.-O., wie die erweisliche Absicht des Gesetzes.

§ 417 Abs. 2 St.-P.-O. lautet:

> Auch kann die Staatsanwaltschaft in *jeder Lage der Sache* bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch eine ausdrückliche Erklärung die Verfolgung *übernehmen.*

Durch diesen Wortlaut scheint der Absicht des Gesetzgebers Ausdruck gegeben zu sein, daß die Sache in der Lage, in der sie sich befindet, *fortgesetzt* werden soll. Die fortgesetzte Verhandlung soll den vom Amtsrichter gefaßten Eröffnungsbeschluß zur Grundlage haben, das Urteil, welches ergeht, soll das durch jenen Beschluß des Amtsrichters eröffnete Hauptverfahren und die darauf hin stattfindende Hauptverhandlung im Sinne des § 259 St.-P.-O. schließen.

Die Motive zum Entw. der St.-P.-O. §§ 354, 355 sprechen davon, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie die Verfolgung übernimmt, durchweg in die Stellung *eintritt*, welche ihr in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage angewiesen ist. Auch diesen Worten scheint der Gedanke zu Grunde zu liegen, daß es so angesehen werden solle, als sei der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens, welcher auf die Privatklage erfolgt ist, ein Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens auf öffentliche Klage gewesen.

Der Gedanke, daß in unserem Falle das Verfahren eingestellt werden, die Staatsanwaltschaft aufs Neue öffentliche Klage erheben und die Strafkammer nochmals in Bezug auf dieselbe Strafthat Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens fassen müsse, führt zu der weiteren Konsequenz, daß die Staatsanwaltschaft nach ihrem freien Ermessen noch Vorermittelungen anzustellen und je nach dem Resultate derselben das Verfahren einzustellen oder Anklage zu erheben in der Lage wäre.

Dies kann nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein, denn hierdurch wäre es in die Hand der Staatsanwaltschaft gelegt, den Privatkläger an der Verfolgung seines Rechtes zu verhindern, ohne selbst diese Verfolgung durchzuführen. Dies würde an sich widersinnig sein und ist auch durch eine besondere gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen. § 417 Abs. 3 St.-P.-O. lautet:

> Übernimmt die Staatsanwaltschaft die Verfolgung, so richtet sich das weitere Verfahren nach den Bestimmungen, welche im zweiten Abschnitte dieses Buches für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegeben sind.

Wenn demnach der bisherige Privatkläger in die Rechte des Nebenklägers eintreten kann, so wird man ihm auch den Anspruch nicht versagen können, daß der Prozeß, in welchem das Hauptverfahren bereits eröffnet ist, nicht in ein Stadium zurück versetzt werde, in welchem noch Beschluß über die Erhebung der Anklage seitens der Staatsanwaltschaft und bezw. Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens seitens des Gerichtes zu fassen ist. Wenn der Privatkläger in die Rechte des Nebenklägers eintreten kann, so hat er Anspruch darauf, daß die Kontinuität des Verfahrens nicht unterbrochen werde.

In der That herrscht auch wohl darüber keine Meinungsverschiedenheit, daß, wenn einmal auf die Privatklage das Hauptverfahren eröffnet ist, die Hauptverhandlung folgen muß und daß die später eintretende Unzuständigkeit des Gerichtes, vor welchem das Hauptverfahren eröffnet ist, den Beschluß selbst, durch welchen dies geschah, nicht umstößt.

Wenn also das Reichsgericht es als einfachste und der

Natur der Sache entsprechende Form für den Übergang der Zuständigkeit von einem Gerichte auf das andere in unserem Falle hinstellt, daß das Privatklageverfahren durch Beschluß eingestellt werde, so wird man dieser Lösung der zweifelhaften Frage nicht zustimmen können, weil sie Konsequenzen nach sich ziehen müßte, welche mit der Absicht und dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch stehen.

Man wird vielmehr nach einer Lösung suchen müssen, welche sich darauf beschränkt, den Übergang der Hauptverhandlung auf ein anderes Gericht zu vermitteln unter Aufrechthaltung der Kontinuität des Verfahrens.

Halten wir wieder die Fälle auseinander, je nachdem der Amtsrichter und die Staatsanwaltschaft von gleicher oder divergierender rechtlicher Beurteilung der Strafthat ausgehen.

1. Wenn nach Eröffnung des Hauptverfahrens und vor Beginn der Hauptverhandlung in einer Privatklagesache die Staatsanwaltschaft die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme, und der Amtsrichter teilt die dem Eröffnungsbeschlusse zu Grunde liegende Auffassung, daß es sich um ein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. handle, so giebt weder § 207 Abs. 2 St.-P.-O. noch § 270 St.-P.-O. eine Norm für das einzuschlagende Verfahren, denn die erstere von beiden Gesetzesstellen setzt voraus, daß ein Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch nicht erlassen ist und die letztere, daß die Hauptverhandlung bereits stattgefunden hat. Indeß, es ist nicht abzusehen, weshalb dasjenige, was angeordnet ist, für den regelmäßigen Fall, daß es zur Hauptverhandlung kommt, nicht auch gelten soll, falls ausnahmsweise die bereits vor Beginn der Hauptverhandlung feststehende Unzuständigkeit des Gerichtes einen den Übergang der Sache von dem nunmehr unzuständigen auf das nunmehr zuständige Gericht vermittelnden Beschluß notwendig macht. Nach § 30 Abs. 2 G.-V.-G. hat der Amtsrichter die außerhalb der

Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen zu erlassen. Er wird also, nachdem sich ohne Hauptverhandlung herausgestellt hat, daß die Sache in Folge der Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet, nach Analogie des § 270 Abs. 1 St.-P.-O. durch Beschluß die Unzuständigkeit des Schöffengerichtes aussprechen und die Sache an das zuständige Gericht verweisen.

2. Vorausgesetzt, daß der Amtsrichter, nachdem er selbst oder ein anderer Amtsrichter (z. B. Stellvertreter) das Hauptverfahren auf die Privatklage eröffnet hatte, zu der Überzeugung gelangt, die angebliche Strafthat falle nicht unter §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. oder sei überall keine strafbare Handlung, so würde er ohne das Dazwischentreten der Staatsanwaltschaft gar nicht in der Lage sein, seiner veränderten Rechtsanschauung vor der Hauptverhandlung Ausdruck zu geben, weil er an die rechtliche Auffassung des Eröffnungsbeschlusses bis zur Hauptverhandlung gebunden ist. Aus diesem Grunde steht es ihm nun auch nicht zu, seine veränderte Rechtsanschauung dem Beschlusse zu Grunde zu legen, den er fassen muß, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt. Wenn der Amtsrichter aber vom Standpunkte des Eröffnungsbeschlusses aus zu verfahren hat, so wird er, da sich von diesem Standpunkte aus herausgestellt hat, daß die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet, wiederum wie in dem Falle unter 1. nach Analogie des § 270 Abs. 1 St.-P.-O. die Unzuständigkeit des Schöffengerichtes durch Beschluß aussprechen und die Sache an das zuständige Gericht verweisen.

C. Mit dem Beginn der Hauptverhandlung tritt das Privatklageverfahren in ein drittes Stadium ein. Jetzt ist das Schöffengericht thätig und es entsteht die Frage, in welcher Form die Sache an das zuständige Gericht gebracht wird, wenn die Staatsanwaltschaft vor Schluß der Beweisaufnahme während der Hauptverhand-

lung die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme?

1. Wenn das Schöffengericht in Übereinstimmung mit dem Privatkläger, mit dem Eröffnungsbeschluß und mit der Staatsanwaltschaft die Strafthat für ein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. ansieht, so muß es nach der Erklärung der Staatsanwaltschaft, die Verfolgung übernehmen zu wollen, erkennen, daß es nicht mehr zuständig ist, daß die Sache die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet. Wenn nun auch der § 270 Abs. 1 St.-P.-O. unter Bezugnahme auf § 424 Abs. 1 St.-P.-O. hier wiederum nicht unmittelbar anwendbar ist, weil er eine durchgeführte und geschlossene Beweisaufnahme voraussetzt und wenn auch anderweitige Bestimmungen für unseren Fall durch die St.-P.-O. nicht getroffen sind, so wird doch aus denselben Gründen, welche unter B. 1. ausgeführt sind, das Schöffengericht nach Analogie des § 270 Abs. 1 St.-P.-O. alsbald die Beweisaufnahme, falls sie schon begonnen hat, unterbrechen, jedenfalls ohne im Verfahren weiter vorzugehen, durch Beschluß seine Unzuständigkeit aussprechen und die Sache vor das zuständige Gericht verweisen müssen.

2. Gewinnt das Schöffengericht aber im Laufe der Hauptverhandlung die Überzeugung, daß die angebliche Strafthat entweder gar keine strafbare Handlung oder doch keine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung ist, so ist es nicht befugt, etwa schon vor Beginn der Beweisaufnahme oder, indem es dieselbe unterbricht, und ohne Rücksicht auf dieselbe alsbald seine abweichende rechtliche Beurteilung der Strafthat gegenüber dem Eröffnungsbeschlusse zum Ausdrucke zu bringen. Es muß vielmehr die Beweisaufnahme, die ganze Hauptverhandlung vollständig zu Ende führen und dann gemäß § 429 St.-P.-O. das Verfahren durch Urteil einstellen; es darf dies Urteil nicht vor vollständig beendeter Hauptverhandlung erlassen. Es ist mithin bis zu diesem Augen-

blicke nicht in der Lage, von dem Rechte, welches § 263 Abs. 2 St.-P.-O. gewährt, Gebrauch zu machen, es ist bis zur Urteilsfällung an die Auffassung des Eröffnungsbeschlusses gebunden.

Wenn nun die Staatsanwaltschaft, sei es vor Beginn der Beweisaufnahme, sei es im Laufe, doch vor Schluß derselben, die Erklärung abgiebt, daß sie die Verfolgung übernehme, so hindert sie in demselben Augenblicke das Schöffengericht, in dem Verfahren weiter vorzuschreiten, dasselbe muß seinen Beschluß auf diese Erklärung von dem Standpunkte aus fassen, in welchem sich das Verfahren gerade befindet, also in Bezug auf die rechtliche Beurteilung der That von dem Standpunkte des Eröffnungsbeschlusses aus.

Weiter ist zu beachten, daß in thatsächlicher Beziehung vor Schluß der Beweisaufnahme nichts als bewiesen anzusehen ist, denn das Resultat der Beweisaufnahme kann nicht einzeln, sondern muß im Ganzen, also erst nach dem Schlusse derselben, gezogen werden. (§ 260 St.-P.-O.)

Daraus ergiebt sich denn, daß von einer analogen Anwendung des § 429 St.-P.-O. nicht die Rede sein kann, dessen Bestimmungen gerade darauf beruhen, daß Thatsachen für festgestellt zu erachten sind, welche die Anwendbarkeit des Privatklageverfahrens ausschließen. Das aber steht auch in diesem Falle für das Schöffengericht fest, daß die nach Maßgabe des Eröffnungsbeschlusses zu beurteilende Strafthat nunmehr nach Abgabe der Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet, und demgemäß wird dasselbe nach Analogie des § 270 Abs. 1 St.-P.-O. auch in diesem Falle durch Beschluß seine Unzuständigkeit aussprechen und die Sache vor das zuständige Gericht verweisen.

D. Nach dem Schlusse der Beweisaufnahme erfolgt gemäß § 257 St.-P.-O. nicht unmittelbar die Urteilsverkündung, sondern es beginnt noch ein besonderer Abschnitt des Verfahrens für die Vorträge des Anklägers (Privatklägers oder Staatsanwaltschaft), des Angeklagten und die

Beratung des Gerichts, welches Raum für die Abgabe der Erklärung seitens der Staatsanwaltschaft bietet, daß sie die Verfolgung übernehme. Es ist dies der Abschnitt des Verfahrens für die Urteilsfindung.

Das Reichsgericht hat in seiner schon wiederholt angezogenen Entscheidung

Bd. X pag. 239 ff.

die Unanwendbarkeit der §§ 270 und 429 St.-P.-O. in unserem Falle behauptet und begründet diese Ansicht damit, daß in dem hier vorausgesetzten Falle die dem Angeklagten zur Last gelegte Beleidigung oder Körperverletzung nach dem Ergebnisse der Verhandlung materiell absolut unverändert geblieben ist, während § 270 St.-P.-O. voraussetze, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte **That** sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung als eine die Zuständigkeit des Gerichtes überschreitende darstelle, und bezüglich des § 429 St.-P.-O. heißt es: derselbe sei in seiner Anwendbarkeit beschränkt auf eine thatsächliche Veränderung der „strafbaren Handlung". In weiterer Konsequenz dieses Standpunktes heißt es dann weiter (pag. 241 a. a. O.), daß § 270 St.-P.-O. nicht anwendbar sei, „wenn niemals Privatklage erhoben wäre und ausschließlich über eine erhobene öffentliche Klage wegen Beleidigung das Schöffengericht verhandeln und entscheiden wollte."

Es muß zunächst auffallen, daß das Reichsgericht nicht positiv erklärt, was darunter zu verstehen ist, wenn „sich die dem Angeklagten zur Last gelegte That als eine die Kompetenz des Gerichtes überschreitende darstellt", daß es vielmehr nur negativ feststellt, ein Fall sei nicht darunter begriffen, wenn die dem Angeklagten zur Last gelegte Beleidigung oder Körperverletzung materiell absolut unverändert sei, wenn keine thatsächliche Veränderung der strafbaren Handlung vorliege. Es bleibt unaufgeklärt, ob das Reichsgericht unter einer materiell absolut unveränderten That gegenüber der dem Angeklagten zur Last gelegten eine That versteht, welche im Sinne der St.-P.-O. als identisch mit der letzteren anzusehen ist, und ob also der Mangel

der Identität beider Handlungen Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 270, 429 St.-P.-O. sein soll.

Sodann ist aber der Satz nicht richtig, daß § 270 St.-P.-O. nicht anwendbar sei, wenn niemals Privatklage erhoben wäre und ausschließlich über eine erhobene öffentliche Klage wegen Beleidigung das Schöffengericht verhandeln und entscheiden wollte. Wenn nämlich die Amtsanwaltschaft (irrtümlich) die öffentliche Klage wegen Beleidigung oder Körperverletzung beim Amtsgericht erhebt und der Amtsrichter eröffnet (irrtümlich) das Hauptverfahren vor dem Schöffengerichte, so hat dasselbe die Pflicht, sich in der Hauptverhandlung zu überzeugen, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That seine Zuständigkeit übersteigt, weil sie mittels öffentlicher Klage verfolgt wird. Das Schöffengericht wird durch § 270 St.-P.-O. geradezu angewiesen, in einem solchen Falle durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen. Das Reichsgericht hat nicht aufgeklärt, welchen Beschluß dann das Schöffengericht in solchem Falle fassen müßte. Sollte hier vielleicht der Gedanke verwirrend gewirkt haben, daß gemäß § 75 Ziff. 4 G.-V.-G. die Verhandlung und Entscheidung wegen der Vergehen der nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen dem Schöffengerichte überwiesen werden kann? Nehmen wir einen anderen nicht überweisungsfähigen Fall an. Die Amtsanwaltschaft erhebt öffentliche Anklage gegen Jemand wegen Diebstahls mittels Einsteigens — Verbrechen gegen § 243 Ziff. 3 St.-G.-B. — beim Amtsgerichte, und der Amtsrichter eröffnet das Hauptverfahren vor dem Schöffengerichte unter Bezeichnung der strafbaren Handlung als Verbrechen gegen § 243 Ziff. 3 St.-G.-B. Da wird es doch wohl kaum bezweifelt werden, daß das Schöffengericht in der Hauptverhandlung auf Grund des § 270 St.-P.-O. durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache vor das zuständige Gericht zu verweisen hat. Beide Fälle liegen aber in der fraglichen Beziehung völlig gleich und es macht keinen Unterschied, daß es sich in einem Falle um ein überweisungsfähiges Vergehen, im anderen Falle um ein Ver-

brechen handelt. Das Reichsgericht interpretiert den § 270 St.-P.-O. so, als ob geschrieben stände:

> Stellt sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung heraus, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That eine andere **ist**, als die in dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens bezeichnete und daß sie die Zuständigkeit des Gerichtes überschreitet, so u. s. w.

Der § 270 St.-P.-O. spricht aber nur davon, daß sich die dem Angeklagten zur Last gelegte That nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung als eine solche darstellt, welche die Zuständigkeit des Gerichtes überschreitet, und dies tritt allemal ein, wenn der das Hauptverfahren eröffnende Richter die sachlichen Zuständigkeitsnormen insoweit unbeachtet läßt, daß er das Hauptverfahren wegen einer vor ein Gericht höherer Ordnung gehörigen Strafthat eröffnet. Materiell genau dieselbe That mit der im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten stellt sich dann jedesmal als eine solche in der Hauptverhandlung dar, welche die Zuständigkeit des Gerichtes übersteigt.

Um zu einem richtigen Resultate zu kommen, wird man sich mit den Ausdrücken „materiell absolut unveränderte That" und „thatsächliche Unverändertheit der That" nicht zufrieden geben können, man wird vielmehr mit der St.-P.-O. § 263 unterscheiden müssen, ob die in der Hauptverhandlung erörterte und die im Eröffnungsbeschlusse bezeichnete That identisch sind oder nicht.

1. Wenn das Schöffengericht die Überzeugung gewonnen hat, daß die in der Hauptverhandlung erörterte und die im Eröffnungsbeschlusse bezeichnete That identisch sind, erstere also gemäß § 263 St.-P.-O. an sich Gegenstand der Urteilsfindung sein würde, und wenn die Staatsanwaltschaft nach Schluß der Beweisaufnahme vor Verkündung des Urteils die Verfolgung übernommen hat, so sind wiederum die beiden schon oben stets besonders behandelten Fälle auseinander zu halten:

a. **Wenn das Schöffengericht übereinstimmend mit dem Privatkläger, dem Eröffnungsbeschlusse und der Staatsanwaltschaft die That, mag sie nun als erwiesen oder als nicht erwiesen gelten, für ein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.=G.=B. ansieht,** so stellt sich von dem Augenblicke an, in welchem die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernommen hat, die dem Angeklagten zur Last gelegte That als eine solche dar, welche die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet, und zwar nach dem Ergebnisse der Verhandlung, denn auch die Erklärung der Staatsanwaltschaft ist ein Teil der Verhandlung. Das Schöffengericht hat nun also nicht mehr eine Verurteilung oder Freisprechung des Angeklagten vorzunehmen, sondern gemäß § 270 St.=P.=O. durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache vor das zuständige Gericht zu verweisen.

b. **Wenn das Schöffengericht, abweichend von dem Privatkläger, dem Eröffnungsbeschlusse und der Staatsanwaltschaft, die That nicht für ein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.=G.=B. ansieht,** so findet sich eine allemal anwendbare Vorschrift für das weitere Verfahren in der St.=P.=O. nicht.

α. **Wenn die That nach der Auffassung des Schöffengerichtes als erwiesen gilt und eine bestimmte andere strafbare Handlung als eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstellt,** so schreibt § 429 St.=P.=O. vor, daß das Schöffengericht durch Urteil, welches die festgestellten Thatsachen hervorheben muß, die Einstellung des Verfahrens auszusprechen habe. Dies Urteil wird auch nicht durch die Erklärung der Staatsanwaltschaft, die Verfolgung übernehmen zu wollen, gehindert, denn nunmehr ist das Gericht gemäß § 263 Abs. 2 St.=P.=O nicht mehr an die Auffassung des Eröffnungsbeschlusses gebunden, und wenn auch die Thatsache, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung des Angeklagten wegen

der nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigung oder Körperverletzung übernommen hat, ein auf Strafe lautendes oder freisprechendes Urteil bezüglich eines Vergehens gegen §§ 103, 104, 185—193, 223, 230 St.-G.-B. ausschließt, so hindert jene Erklärung der Staatsanwaltschaft nicht mehr das Urteil, daß es sich in dem verhandelten Falle gar nicht um eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung handle. Das Schöffengericht hat, da die Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. in dem Stadium des Prozesses erfolgte, welches die Urteilsfindung umfaßt[6]), vom Standpunkte der Urteilsfindung aus frei und selbständig das Ergebnis der Hauptverhandlung zu prüfen und nur dann wegen Unzuständigkeit ein Urteil nicht zu verkünden, wenn es nach seiner Überzeugung ein auf Strafe lautendes oder freisprechendes Urteil wegen einer nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigung oder Körperverletzung zu sprechen haben würde, insbesondere also hat es zu prüfen, ob das Privatklageverfahren überall Anwendung erleidet und ob mithin Raum für die Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. vorhanden war. Wenn das Schöffengericht nach seiner Auffassung feststellt, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte und für erwiesen erachtete That eine bestimmte andere strafbare Handlung darstellt, als eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, daß mithin das Privatklageverfahren keine Anwendung erleidet, so entzieht es der Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O., welche in dem der Urteilsfindung gewidmeten Abschnitte des Verfahrens abgegeben ist, den Boden und muß gemäß § 429 St.-P.-O. das Verfahren durch Urteil einstellen, welches die festgestellten Thatsachen hervorhebt.

β. Wie aber, wenn das Schöffengericht, nachdem die Staatsanwaltschaft während des der Urteilsfindung gewidmeten Abschnittes die Er-

---

[6]) Der folgende Abschnitt des Prozesses beginnt mit der Urteilsverkündung.



klärung aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. abgegeben hat, zu der Überzeugung gelangt, daß **die dem Angeklagten zur Last gelegte That** eine bestimmte andere strafbare Handlung als eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstellt, daß sie aber **nicht** für erwiesen anzusehen ist?

Suchen wir zunächst nach einer Norm für die Beschlußfassung des Gerichts in einem solchen Falle, wenn dem Privatklageverfahren durch die Übernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft noch kein Halt zugerufen ist.

Ein freisprechendes Urteil dürfte das Schöffengericht nicht fassen, denn es würde den Angeklagten von einer strafbaren Handlung freisprechen, welche im Privatklageverfahren gar nicht verfolgt werden dürfte; jede Verurteilung und jede Freisprechung im Privatklageverfahren setzt voraus, daß die Strafthat eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstellt.

§ 429 St.-P.-O. enthält auch keine Norm für den unterstellten Fall, denn er setzt voraus, daß die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen, die Strafthat, für festgestellt, d. h. für erwiesen zu erachten sind.

Irgend eine andere anwendbare Bestimmung findet sich endlich in der St.-P.-O. auch nicht.

Es bleibt also nur übrig, im Geiste der St.-P.-O. eine zweckentsprechende Norm ohne unmittelbare Berufung auf eine Gesetzesstelle aufzustellen.

Abgesehen von dem Resultate der Beweisführung steht in einem solchen Falle doch immerhin fest, daß die dem Angeklagten **zur Last gelegte** That eine solche ist, auf welche das Privatklageverfahren keine Anwendung erleidet, und insofern steht dieser Fall dem anderen in § 429 St.-P.-O. vorgesehenen völlig gleich. Es lag nahe für den Gesetzgeber, sich der Möglichkeit dieses Falles zu erinnern und, wenn er für den Fall, daß die Strafthat als erwiesen zu erachten ist, eine Vorschrift erteilte, nach welcher das Gericht zu verfahren hat, dies auch

nicht zu unterlassen für den anderen gleichstehenden Fall, daß die Strafthat nicht als erwiesen zu erachten ist. Dennoch ist hier eine Lücke in der Gesetzgebung. § 429 St.-P.-O. stimmt wörtlich mit dem Entw. der St.-P.-O. § 364 überein, nur daß die Einstellung des Verfahrens nach der St.-P.-O. durch Urteil, nach dem Entwurf durch Beschluß erfolgen soll. Die Motive zum Entwurf besprechen ebenfalls nur den Fall: „daß nicht eine Beleidigung oder leichte Körperverletzung, sondern eine strafbare Handlung anderer Art vorliege", und endlich ergeben die Kommissionsverhandlungen u. s. w. ohne Weiteres die Annahme des Entw. § 364, in welchem nur die Redaktions-Kommission die Worte: „einen Beschluß, welcher" — durch die Worte: „ein Urteil, welches" ersetzte. Aber die Motive zu § 364 des Entw. besagen:

> Findet das Gericht, daß nicht eine Beleidigung oder leichte Körperverletzung, sondern eine strafbare Handlung anderer Art vorliege, so muß das Verfahren, ohne daß eine Endentscheidung ergeht, eingestellt werden, damit demnächst das gewöhnliche, durch die Staatsanwaltschaft zu betreibende Verfahren Platz greift.

Diese Begründung trifft aber für den anderen Fall, daß das Schöffengericht die Strafthat für nicht erwiesen erachtet, ebenfalls zu. Die Überzeugung der Staatsanwaltschaft bezüglich des Resultates der Beweisaufnahme braucht nämlich keineswegs mit derjenigen des Schöffengerichtes übereinzustimmen, und die Absicht des Gesetzes, der Erhebung einer Anklage seitens der Staatsanwaltschaft freie Bahn zu schaffen, soll doch auch dann erreicht werden, wenn dieselbe entweder mit den im Privatklageverfahren vorgebrachten und ausgenutzten Beweismitteln oder unter Heranziehung anderer, besserer Beweismittel den Beweis im Verfahren auf öffentliche Klage führen zu können glaubt. Das Entscheidende für die Bestimmung in § 429 St.-P.-O. ist eben, daß dem Entschlusse der Staatsanwaltschaft, noch eine öffentliche Klage zu erheben, wenn sich im Privatklageverfahren herausgestellt hat, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That nicht eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder

Körperverletzung, sondern eine andere strafbare Handlung ist, in keiner Weise präjudiziert werden darf, mag das Schöffengericht nun die Überzeugung hegen, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That erwiesen sei oder nicht. Deshalb sprechen sich die Motive zum Entw. § 364 auch weiter ganz allgemein dahin aus:

> Ein gegen die Bestimmung dieses Paragraphen verstoßendes Endurteil würde dem Rechte des Staates, im Wege der öffentlichen Klage die Verhängung der gesetzlichen Strafe herbeizuführen, nicht entgegenstehen können, und insoweit würde im Falle eines Verstoßes der gedachten Art eine Ausnahme von dem Satze „ne bis in idem“ eintreten müssen.

Da das Recht des Staates, im Wege der öffentlichen Klage die Verhängung der gesetzlichen Strafe herbeizuführen, lediglich der Staatsanwaltschaft zusteht und die Anstellung der öffentlichen Klage nur von der Überzeugung dieser Behörde abhängt, so kann es in unserem Falle, in welchem eine Bestimmung getroffen werden sollte und mußte, die solchem Rechte des Staates freien Spielraum gewährt, nicht darauf ankommen, ob dasjenige Gericht, dessen Beschlüsse gerade das freie Entschließungsrecht des Staates und der Staatsanwaltschaft unangetastet lassen sollen, die Überzeugung durch die vorgekommene Beweisaufnahme gewonnen hat, daß die Strafthat erwiesen sei oder nicht. Für beide Fälle ist dem Schöffengerichte dasselbe Verfahren vorzuschreiben, es hat in dem einen wie in dem anderen Falle das Verfahren durch Urteil einzustellen, welches die für festgestellt zu erachtenden beziehungsweise als nicht erwiesen von ihm angesehenen, aber dem Angeklagten doch zur Last gelegten Thatsachen hervorheben muß und sich darauf gründet, daß diese That keine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstelle.

Wenn nach dem bisher Gesagten der Fall, in welchem das Gericht die dem Angeklagten zur Last gelegte, aber unter ein anderes Strafgesetz als §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. zu stellende That für nicht erwiesen erachtet, von

Seiten des Gerichtes dieselbe Behandlung erfahren muß, wie der andere, in welchem das Gericht die Strafthat für erwiesen erachtet, so ergiebt sich, daß hier wie dort (vgl. oben unter α) das Schöffengericht an dem Erlaß des Urteils auf Einstellung des Verfahrens durch die während der Urteilsfindung abgegebene Erklärung der Staatsanwaltschaft, daß sie die Verfolgung übernehme, nicht gehindert ist.

Diese Erklärung geht freilich von der Auffassung der Staatsanwaltschaft aus, daß die Strafthat doch eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstellt, aber die Staatsanwaltschaft ist durch das Urteil nicht behindert, ihre Entschließung frei zu fassen, und darauf kommt es, wie oben nachgewiesen, an. Die Staatsanwaltschaft kann zunächst ihre abweichende rechtliche Beurteilung zur Geltung zu bringen suchen, indem sie Berufung gegen das Urteil des Schöffengerichtes einlegt, und sollte das Berufungsgericht die rechtliche Auffassung des Schöffengerichtes teilen, also die Berufung als unbegründet verwerfen, immer noch die öffentliche Klage wegen der Strafthat, freilich unter Ausschluß ihrer Stellung unter §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B., erheben.

γ. Auch für den Fall, daß das Schöffengericht nach verhandelter Privatklagesache die dem Angeklagten zur Last gelegte That überall nicht für eine strafbare Handlung erachtet, fehlt in der St.-P.-O. eine Bestimmung, welcher Art das Urteil des Schöffengerichtes sein muß.

Hier steht für das Schöffengericht fest, daß das Privatklageverfahren, welches allein für die nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen zulässig ist, keine Anwendung erleidet, mag übrigens die Strafthat für erwiesen gelten oder nicht. Damit steht aber auch das Entscheidende fest. Das Schöffengericht hat auch in diesem Falle in analoger Anwendung des § 429 St.-P.-O. durch Urteil das Verfahren einzustellen und in dem Urteil hervorzuheben, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That für erwiesen oder für nicht-

wiesen erachtet sei, daß auf dieselbe aber das Privatklageverfahren keine Anwendung erleide, weil diese That keine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstelle. Die weitere Ansicht des Schöffengerichtes, daß die Strafthat überhaupt keine strafbare Handlung darstelle, kommt nicht zum Ausdruck; würde sie als Grund angeführt, so würde die Entschließung der Staatsanwaltschaft, die Strafthat im Wege der öffentlichen Klage zu verfolgen, dadurch beeinträchtigt, und dieser Entschließung soll das Urteil des Schöffengerichts gerade freie Bahn schaffen.

Daß auch in diesem Falle (γ) wie in den unter α. und β. behandelten die während der Urteilsfindung von der Staatsanwaltschaft abgegebene Erklärung, daß sie die Verfolgung übernehme, kein Hindernis für das Urteil des Schöffengerichts auf Einstellung des Verfahrens ist, bedarf nach dem oben Ausgeführten keines weiteren Nachweises.

2. Wenn das Schöffengericht nach verhandelter Sache findet, daß die im Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten zur Last gelegte und die in der Hauptverhandlung erörterte That **nicht** identisch sind, letztere also nicht Gegenstand der Urteilsfindung ist (§§ 263, 265 St.-P.-O.), so ist die während des der Urteilsfindung gewidmeten Abschnittes des Verfahrens abgegebene Erklärung der Staatsanwaltschaft, daß sie die Verfolgung übernehme, ihrer Bedeutung nach näher zu prüfen.

a. Diese Erklärung kann sich auf die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete That beziehen.

Diese gilt also in dem unterstellten Falle nach Ansicht des Gerichtes nicht als erwiesen.

α. Hält nun das Schöffengericht dieselbe für eine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung, so ist es durch die Erklärung der Staatsanwaltschaft, daß sie die Verfolgung übernehme, behindert, die Freisprechung des Angeklagten zu beschließen, weil

in Folge der Erklärung der Staatsanwaltschaft nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die dem Angeklagten zur Last gelegte That sich als eine solche darstellt, welche die Zuständigkeit des Schöffengerichtes überschreitet. Es ist § 270 St.-P.-O. maßgebend, das Schöffengericht spricht durch Beschluß seine Unzuständigkeit aus und verweist die Sache an das zuständige Gericht. Die in der Hauptverhandlung festgestellte (nicht identische) That ist nicht Gegenstand der Urteilsfindung und Beschlußfassung, sie bleibt völlig unberücksichtigt. (§§ 263, 265 St.-P.-O.)

β. Geht aber das Schöffengericht von der Ansicht aus, daß die im Eröffnungsbeschlusse bezeichnete That, welche mit der im Hauptverfahren erörterten nicht identisch ist und auf welche sich die Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. bezieht, entweder gar keine strafbare Handlung oder doch keine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung ist, so stellt es in analoger Anwendung des § 429 St.-P.-O. das Verfahren durch Urteil ein, welches hervorhebt, daß die That für nichterwiesen erachtet sei, daß aber das Verfahren eingestellt werde, weil die dem Angeklagten zur Last gelegte That keine nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigung oder Körperverletzung darstelle. Es ist nicht nötig, nach den Ausführungen oben unter 1., b., α. bis γ. die Richtigkeit dieser Behauptung nochmals nachzuweisen.

b. Die nach Schluß der Beweisaufnahme und vor Verkündung des Urteils gemäß § 417 Abs. 2 St.-P.-O. abgegebene Erklärung der Staatsanwaltschaft kann sich aber auch auf die in der Hauptverhandlung erörterte und mit der im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten, **nicht** identische That beziehen. Diese ist nun nicht Gegenstand der Urteilsfindung, das Gericht hat sich mit ihr überall nicht zu befassen, es wird also nur die im Eröffnungsbeschlusse bezeichnete und in der Hauptverhandlung nicht festgestellte That zu berücksichtigen

haben, und da in Bezug auf diese die Staatsanwaltschaft die Verfolgung nicht übernommen hat, den Angeklagten freisprechen, sein Urteil in der Sache selbst erlassen, wenn es die dem Angeklagten zur Last gelegte und nicht erwiesene That für ein Vergehen gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. hält und nach Analogie des § 429 St.-P.-O. das Verfahren durch Urteil einstellen, wenn es die dem Angeklagten zur Last gelegte und nicht erwiesene That entweder für keine strafbare Handlung oder doch für keine nur auf Antrag zu bestrafende Beleidigung oder Körperverletzung hält.[7]) Die Begründung dieses Verfahrens ergiebt sich wieder aus dem oben unter 1., b., α. bis γ. Gesagten.

E. Wenn die Staatsanwaltschaft auf Grund des § 417 Abs. 2 St.-P.-O. die Verfolgung des mittels Privatklage Verfolgten durch eine ausdrückliche Erklärung nach Verkündung des schöffengerichtlichen Urteils übernimmt, so hindert diese Erklärung allein ohne Einlegung eines Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht. § 417 Abs. 2 bestimmt zwar, daß in der Einlegung eines Rechtsmittels seitens der Staatsanwaltschaft die Übernahme der Verfolgung enthalten ist, nicht aber umgekehrt, daß in der ausdrücklichen Erklärung, die Verfolgung zu übernehmen, die Einlegung eines Rechtsmittels enthalten ist. Die einfache Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.-P.-O. hat also in diesem Stadium des Verfahrens an sich selbst keine Bedeutung, die Anfechtung des Urteils muß im Wege des Rechtsmittels geschehen. Es bedurfte deshalb keiner besonderen Vorschriften über die Form des Verfahrens für diesen Fall; es sind, falls ein Rechtsmittel die Rechtskraft des Urteils hemmt, die Vorschriften anwendbar, welche das Verfahren auf ein Rechtsmittel im öffentlichen An-

---

[7]) In allen Fällen, wo das Schöffengericht nach § 429 St.-P.-O. das Verfahren durch Urteil einstellt, ist die Staatsanwaltschaft, um ihre abweichende rechtliche Auffassung zur Geltung zu bringen, darauf angewiesen, Berufung gegen das Urteil einzulegen.

klageverfahren regeln und, falls ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, bedarf es keiner Normen, weil dann die Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 wirkungslos ist, das Urteil trotz derselben rechtskräftig wird.

III. In welchen Formen ist die Erklärung der Staatsanwaltschaft aus § 417 Abs. 2 St.=P.=O. abzugeben? und inwieweit ist die Staatsanwaltschaft nach Abgabe einer solchen Erklärung in der Freiheit ihrer Entschließungen beschränkt?

§ 417 Abs. 2 St.=P.=O. kennt eine Form, welche nach dieser gesetzlichen Bestimmung keinen Zweifel darüber läßt, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernehme: es ist dies die Einlegung eines Rechtsmittels. Dieser Satz scheint eine Ausnahme nicht zu gestatten, doch werden wir noch eine Kombination kennen lernen, in welcher die Einlegung eines Rechtsmittels die Übernahme der Verfolgung nicht enthält.

Im Übrigen schreibt § 417 Abs. 2 St.=P.=O. nur vor, daß die Erklärung eine ausdrückliche sein muß, sie wird also schriftlich oder mündlich abgegeben werden können, und wird den Inhalt haben müssen, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernehme. Was aber bedeutet der Ausdruck: „Die Verfolgung übernehmen"?

Wenn die Staatsanwaltschaft bezüglich irgend einer strafbaren Handlung Vorermittelungen anstellt, so hat sie die Verfolgung in gewissem Sinne übernommen, selbst wenn ihr der Thäter noch gar nicht bekannt ist, in einem engeren Sinne kann man von Übernahme der Verfolgung erst reden, wenn gegen eine bestimmte Person eine bestimmte Beschuldigung seitens der Staatsanwaltschaft erhoben wird, und im engsten Sinne des Wortes könnte man davon sprechen, daß die Staatsanwaltschaft durch Erhebung der Anklage (bezw. Antrag auf Voruntersuchung) erst die Verfolgung übernehme. Und in der That bezeichnen die Worte: „die Verfolgung übernehmen" im § 417 Abs. 2 St.=P.=O. auch kein bestimmtes Stadium des Verfahrens, in welches dasselbe nun überzuleiten wäre, sondern es muß die Staatsanwaltschaft den Prozeß in der Lage aufnehmen, in

welcher er sich gerade befindet in dem Augenblicke, da sie ihre Erklärung aus § 417 Abs. 2 abgiebt.

Vgl. von Schwarze, Erört. prakt. richt. Materien Heft 1 pag. 40.

Es ist dies freilich weder in den Motiven zum Entw. der St.-P.-O. noch in den Kommissionsverhandlungen noch im Gesetze besonders oder unzweideutig ausgesprochen, aber der Wortlaut des § 417 Abs. 2 St.-P.-O. sowohl wie sachliche Gründe, welche oben bereits des Weiteren dargelegt sind, sprechen dafür. Untersuchen wir die Wirkung der Erklärung der Staatsanwaltschaft in den einzelnen Stadien des Prozesses.

1. Im Verfahren nach erhobener Privatklage vor Erlaß des Eröffnungsbeschlusses.

Die Anklage ist nun durch Anbringung der Privatklage erhoben, und damit ist das Stadium des Prozesses beendet, in welchem Vorermittelungen vorgenommen werden, ein Entschluß darüber, ob überhaupt Anklage erhoben werden soll oder nicht, ist nicht mehr zu fassen. Wenn also die Staatsanwaltschaft, nachdem ihr die Privatklage gemäß § 423 St.-P.-O. mitgeteilt worden ist, den Antrag stellt, das Verfahren einstweilen einzustellen, damit sie Zeit gewinne, Vorermittelungen anzustellen und danach ihren Entschluß zu fassen, ob sie die Verfolgung übernehmen will oder nicht, so ist dieser Antrag vom Amtsrichter abzulehnen. Er ist formell nicht statthaft, denn er enthält nicht die ausdrückliche Erklärung, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt, und die Gewährung des Antrages würde den Prozeß in ein Stadium zurückversetzen, welches durch Erhebung der Privatklage bereits beendet ist. Die Frage, ob die Anklage erhoben werden soll, deren Entscheidung durch die Vorermittelungen gereift wird, ist bereits entschieden, und die Frage, ob die Staatsanwaltschaft die Verfolgung anstatt des Privatklägers übernehmen will, bedarf zur Zeit noch keiner Entscheidung; sie wird durch das Vorschreiten des Privatklageverfahrens nicht ausgeschlossen und das Material zu ihrer Beurteilung ergiebt sich, wenn nicht früher, so doch jedenfalls in der Hauptverhandlung, dann aber immer noch rechtzeitig. Dazu kommt,

daß die St.-P.-O. keinerlei Analogie bietet, für eine einstweilige oder vorläufige Einstellung des Privatklageverfahrens aus dem Grunde, weil die Staatsanwaltschaft noch Material sammeln will für ihre Entschließung, ob sie die Verfolgung übernehmen will oder nicht. Vorläufige Einstellung des Verfahrens ist nach § 203 St.-P.-O. zulässig, wenn dem weiteren Verfahren Abwesenheit des Angeschuldigten oder nach der That eingetretene Geisteskrankheit desselben entgegenstehen, und nach § 208 St.-P.-O., wenn das Vorverfahren mehrere derselben Person zur Last gelegte strafbare Handlungen betraf und für die Strafzumessung die Feststellung des einen oder des anderen Straffalles unwesentlich erscheint. Diese Fälle bieten keine Vergleichungspunkte mit dem Falle, daß die Staatsanwaltschaft Zeit für Vorermittelungen gewinnen will, um sich zu entscheiden, ob sie die Verfolgung der durch Privatklage verfolgten strafbaren Handlung übernehmen will. In jenen Fällen stellt sich der Durchführung des Verfahrens ein absolutes Hindernis entgegen oder es vermittelt die vorläufige Einstellung des Verfahrens nur eine beabsichtigte Trennung zusammenhängender und verbunden geltend gemachter Strafsachen, in unserem Falle trifft weder das Eine noch das Andere zu.

Man könnte meinen, daß die Staatsanwaltschaft das Ziel, welches sie mit dem Antrage auf vorläufige Einstellung des Verfahrens verfolgt, auf einem Umwege doch leicht erreichen könnte. Wenn nämlich die Staatsanwaltschaft gegen den die vorläufige Einstellung des Privatklageverfahrens ablehnenden Beschluß des Amtsrichters sich des Rechtsmittels der Beschwerde bedient, so könnte man aus dem Wortlaut des § 417 Abs. 2 St.-P.-O. folgern, daß nunmehr zunächst das eine Bedenken gegen die Gewährung ihres Antrages hinweggefallen wäre, insofern als nun wenigstens die Verfolgung von ihr in einer nach § 417 Abs. 2 St.-P.-O. übernommen sei, daß dann aber auch das zweite Bedenken hinweggeräumt sei, weil die Staatsanwaltschaft anscheinend in sinnentsprechender Anwendung des § 154 St.-P.-O. das Recht haben werde, die Anklage ganz zurückzunehmen, und wenn ihr dies Recht zugesprochen werde, doch das Recht nicht

zweifelhaft sein könne, zunächst einen Stillstand im Verfahren zu erwirken.

In beiden Beziehungen ist diese Begründung unrichtig.

a. Da die Beschwerde gerade die Frage zum Gegenstande haben würde, ob in dem Antrage der Staatsanwaltschaft auf vorläufige Einstellung des Privatklageverfahrens die in § 417 Abs. 2 St.-P.-O. vorgesehene Übernahme der Verfolgung enthalten sei oder nicht, kann das Rechtsmittel gegen die hierüber getroffene Entscheidung nicht selbst als Übernahme der Verfolgung gelten. Das Beschwerdegericht würde anderenfalls **niemals** in die Lage kommen, über die Beschwerde sachlich zu entscheiden, weil dieselbe jedesmal durch die Thatsache ihrer Einlegung schon gegenstandslos würde — ein widersinniges Resultat. In diesem Falle enthält also die Einlegung eines Rechtsmittels seitens der Staatsanwaltschaft in einer Privatklagesache einmal nicht die Übernahme der Verfolgung; es ist dies der Fall, auf welchen oben schon hingedeutet wurde.

b. Die Staatsanwaltschaft ist in dem Verfahren auf öffentliche Klage nicht behindert, die erhobene Anklage zurückzunehmen, so lange die Untersuchung noch nicht eröffnet ist (§ 154 St.-P.-O.), d. h. so lange ein das Hauptverfahren oder die Voruntersuchung eröffnender gerichtlicher Beschluß noch nicht vorliegt.

Dem Zwecke und der Absicht der Bestimmung in § 417 Abs. 2 St.-P.-O. würde es aber widersprechen, wollte man es als zulässig anerkennen, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung des durch Privatklage verfolgten Vergehens erst übernehme und dann die Anklage zurückzöge. Durch § 417 Abs. 2 St.-P.-O. soll ein Mittel gegeben sein, die durch Privatklage begonnene Verfolgung eines Vergehens gegen §§ 103, 104, 185—193, 223 oder 230 St.-G.-B. wegen vorliegenden öffentlichen Interesses (§ 416 St.-P.-O.) im öffentlichen Anklageverfahren zu vollenden; man konnte nicht dem Verletzten die Verfolgung seines Gegners abnehmen, ohne dadurch gleichzeitig verpflichtet zu werden, daß man dieselbe auch durchführe. Die Übernahme der Verfolgung des Vergehens kann nur unter völliger Wahrung der Interessen des Verletzten geschehen, der diese Verfol-

gung bereits eingeleitet hat. Aus diesem Grunde sind demselben auch alsbald die Rechte des Nebenklägers eingeräumt (§ 417 Abs. 3), und jeder Schritt der Staatsanwaltschaft, welche diese Rechte vernichten oder schädigen würde, kann für zulässig nicht erachtet werden.

In dem Stadium des Prozesses nach Erhebung der Privatklage vor Erlaß des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens darf also die Staatsanwaltschaft, welche die Verfolgung des Vergehens gemäß § 417 Abs. 2 St.-P.-O. übernommen hat, die Klage nicht zurückziehen, obwohl ihr dies in dem durch öffentliche Klage eingeleiteten Verfahren zusteht, sie **muß** den Beschluß des Gerichtes über die Eröffnung des Hauptverfahrens erwarten.[8])

2. **Von Erlaß des Eröffnungsbeschlusses bis zur Verkündung des Urteils** ist die Staatsanwaltschaft im Verfahren auf öffentliche Klage nicht befugt, die Anklage zurückzuziehen (§ 154 St.-G.-V.), folgeweise (§ 424 St.-P.-O.) steht ihr dies Recht auch nicht zu, wenn sie die Verfolgung eines anfänglich durch Privatklage verfolgten Vergehens übernommen hat.

§ 431 St.-P.-O. gestattet freilich dem Privatkläger, die **Privatklage** bis zur Verkündung des Urteils zurückzunehmen. Indeß hierauf darf sich die Staatsanwaltschaft, welche die Verfolgung übernommen hat, nicht berufen. Denn wenn sie auch an die Stelle des Privatklägers getreten ist, so ist das in § 431 St.-P.-O. dem Letzteren gewährte Recht der Zurücknahme der Privatklage doch ein durchaus persönliches, der einzigen Entschließung des Privatklägers überlassenes Dispositionsrecht, welches überhaupt nur in Frage kommen kann, so lange ein Privatklageverfahren anhängig ist; mit Übernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft hört aber das Privatklage-

---

[8]) Dadurch wird die Staatsanwaltschaft aber keineswegs behindert, das Material an Vorermittelungen noch fortwährend zu ergänzen und dasselbe dem Gerichte als Material zur Beurteilung der Frage zu unterbreiten, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll oder nicht, wie dies ja sowohl im Verfahren auf öffentliche als auf Privatklage auch sonst für die Staatsanwaltschaft und bezw. den Privatkläger thunlich ist.



verfahren als solches auf und geht in ein Verfahren auf öffentliche Klage über.

3. **Nach Verkündung des Urteils** steht der Staatsanwaltschaft im Verfahren auf öffentliche Klage nach § 344 St.-P.-O. das Recht zu, das **von ihr** eingelegte Rechtsmittel zurückzunehmen. Dies Recht muß ihr in dem Verfahren auf Privatklage, welches sie durch die Übernahme der Verfolgung zu irgend einem Zeitpunkte in ein Verfahren auf öffentliche Klage übergeleitet hat, ebenfalls zustehen. Denn der Privatkläger war nach Verkündung des Urteils in der Lage, seine Rechte durch Einlegung des Rechtsmittels, sei es als Privatkläger (wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung erst nach Verkündung des Urteils übernommen hat), sei es als Nebenkläger (wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung schon früher übernommen hat), in völlig ausreichendem Maße selbst zu wahren und der Entschluß der Staatsanwaltschaft, ein von ihr selbst eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen, kollidiert nicht mit einem rechtsgültig gefaßten und kund gegebenen Entschluß des früheren Privatklägers.

Anders steht es mit der Zurücknahme des **vom Privatkläger** als solchen noch eingelegten Rechtsmittels, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung erst nach Verkündung des Urteils übernommen hat. Man könnte meinen, daß die Staatsanwaltschaft, welche an die Stelle des Privatklägers getreten ist, nun auch an seiner Stelle über die Durchführung des von ihm ergriffenen Rechtsmittels zu befinden hätte. Indeß dies kann nicht zugegeben werden. Wenn der Privatkläger in rechtsgültiger Weise seinen Entschluß, das Urteil anzufechten, durch Einlegung des Rechtsmittels kund gegeben hat, so kann es der Staatsanwaltschaft nicht zustehen, diesen Entschluß umzustoßen, sich mit demselben in Widerspruch zu setzen, sie muß das Verfahren fortführen, wie es der Privatkläger gethan haben würde. Wenn derselbe auch alsbald in die Rolle des Nebenklägers treten kann und als solcher auch die Befugnis hat, ein Rechtsmittel gegen das Urteil einzulegen (§ 441 St.-P.-O.), so würde es dennoch als eine Schädigung seiner Interessen angesehen werden müssen,

wenn er, nachdem er seine Rechte als Privatkläger in rechtsgültiger und zweckentsprechender Weise gewahrt hatte, um sicher zu gehen, gezwungen wäre, nochmals ein Rechtsmittel gegen dasselbe Urteil einzulegen, und zwar als Nebenkläger, welches er als Privatkläger bereits angefochten hat. Es würde dies eine Schädigung seiner Interessen enthalten, teils weil er dadurch der Gefahr ausgesetzt würde, Kosten des Verfahrens zu tragen, welche ihm zwar auch als Privatkläger hätten zur Last fallen können, die ihm aber nicht mehr auferlegt werden konnten, sobald die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernommen hatte, teils, weil die Gefahr damit verbunden sein würde, daß ihm, der doch als Privatkläger rechtzeitig seine Rechte durch Einlegung des Rechtsmittels gewahrt hatte, thatsächlich abgeschnitten würde, das Rechtsmittel als Nebenkläger einzulegen, wenn nämlich die Staatsanwaltschaft erst gegen Ende der Rechtsmittelfrist oder gar erst nach Ablauf derselben die Verfolgung übernimmt, so daß er in die Rolle des Nebenklägers erst zu einem Zeitpunkte eintreten kann, in welchem es ihm thatsächlich unmöglich ist, noch ein Rechtsmittel einzulegen.

Um es kurz zusammen zu fassen:

*Die Staatsanwaltschaft darf nach Übernahme eines mittels Privatklage begonnenen Verfahrens keinen im ordnungsmäßigen Verfahren rechtsgültig vom Privatkläger kund gegebenen Entschluß zurückziehen.*

Doch ist eine Einschränkung dieses Satzes nicht zu übersehen.

Wenn der Privatkläger nach § 431 St.-P.-O. das Recht hat, bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz und, soweit zulässige Berufung eingelegt ist, bis zur Verkündung des Urteils zweiter Instanz die *Privatklage* zurückzunehmen, und wenn die Staatsanwaltschaft in einigen Fällen nur behindert ist, Entschließungen zu fassen, die ihr an sich zustehen, weil diese Entschließungen im Widerspruch mit denjenigen des Privatklägers stehen, die dieser in rechtsgültiger Weise vor Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft kund gegeben hatte, so wird die Beschränkung der Staatsanwaltschaft *in diesen Fällen*

hinwegfallen, sobald der frühere Privatkläger seine Zustimmung zu den Schritten der Staatsanwaltschaft erklärt.[9]) Es sind dies die Fälle, wenn die Staatsanwaltschaft vor Eröffnung des Hauptverfahrens die Klage zurückziehen und wenn sie das vom Privatkläger als solchem noch eingelegte Rechtsmittel zurücknehmen will.

Dagegen kann die Staatsanwaltschaft das Recht, die Klage nach Eröffnung des Hauptverfahrens zurückzuziehen, auch nicht durch die Zustimmung des früheren Privatklägers gewinnen. Denn dies Recht steht ihr an sich niemals zu, und wenn es auch dem Privatkläger zusteht (§ 431 St.-P.-O.), so ist seine Erklärung, daß er die Privatklage zurücknehme, nach Übernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft bedeutungslos, denn um eine Privatklage handelt es sich nicht mehr.[10])

---

[9]) Ein Analogon hierfür findet sich in § 344 St.-P.-O., welcher die Entschließung der Staatsanwaltschaft, das eingelegte Rechtsmittel zurückzunehmen, in dem Falle von der Zustimmung des Angeklagten abhängig macht, wenn die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten eingelegt hat.

[10]) Das Recht des Verletzten, den Strafantrag zurückzunehmen, ist mit der Zurücknahme der Privatklage nicht zu verwechseln, es ist von einer ganz anderen selbständigen Bedeutung. Nach §§ 61, 103, 104, 194, 232 Abs. 2 St.-G.-B. steht dem Verletzten (er mag Privatkläger sein oder nicht) das Recht zu, den Strafantrag in allen Fällen der Beleidigung (§§ 103, 104, 185—193 St.-G.-B.) und in den Fällen der leichten vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung (§§ 223, 230 St.-G.-B.), dann bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zurückzunehmen, wenn es sich um Körperverletzung seitens eines Angehörigen handelt. Wird seitens des Verletzten von diesem Rechte in zulässiger Weise Gebrauch gemacht, so hat das Gericht, ohne Rücksicht auf die Anträge der Staatsanwaltschaft allemal gemäß § 259 Abs. 2 St.-P.-O. das Verfahren einzustellen. Die in § 431 St.-P.-O. vorgesehene Zurücknahme der Privatklage enthält aber nicht die Zurücknahme des Strafantrages.

# Litteratur.

**Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch und Allgemeine deutsche Wechselordnung nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen. (Ausgabe mit Seerecht.) Erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts von Julius Basch, Landrichter a. D., Rechtsanwalt beim Landgericht I zu Berlin. 2. verbesserte Auflage. Berlin, Müller, 1885. Preis: 4 Mk.**

Die bereits im ersten Hefte dieses Bandes S. 100 angezeigte Ausgabe der W.-O. erscheint hier im unveränderten Abdruck mit dem Handelsgesetzbuche, in der durch die Gesetze vom 11. Juni 1870 und 18. Juli 1884 festgesetzten Fassung in einer handlichen Gesamtausgabe verbunden. Erhöht wird die Brauchbarkeit dieser Ausgabe durch die Aufnahme der wichtigsten Ergänzungsgesetze. Der Text des H.-G.-B. ist ebenso wie der der W.-O. mit zahlreichen Anordnungen versehen, welche eine überaus fleißige Zusammenstellung oberstrichterlicher Entscheidungen enthalten. Budde.

Von demselben Werke ist auch eine Ausgabe ohne Seerecht erschienen und, hübsch gebunden, VI und 392 SS. stark, für den geringen Preis von 2 Mk. verkäuflich.

**Rechts- und Verwaltungsgrundsätze in Feuer-Versicherungs-Angelegenheiten.** Zusammengestellt von Kassner, Direktor der Provinzial-Feuer-Sozietät der Provinz Sachsen, Königl. Kreisgerichts-Direktor a. D. Berlin, Vahlen, 1885. Preis: kart. 1,50 Mk.

Das Büchlein wird sich schwerlich in den Kreisen der Versicherungsnehmer Eingang verschaffen — wie der Herausgeber meint —, aber für Juristen und Versicherungstechniker ist es sehr brauchbar; besondere Anerkennung verdient die Mitteilung der Erkenntnisse des Ober-Verwaltungsgerichts, die auch dem praktischen Juristen weniger leicht zugänglich sind als die der Reichsgerichte. Ehrenberg.

---

**Otto Radlkofer**, Kgl. Landgerichtsrat. **Die Haftung des dritten Besitzers nach dem bayerischen Hypothekengesetze.** Eine partikularrechtliche Studie. München, Ackermann, 1885. Preis: 1 Mk.

Der Verfasser plädiert für eine Abänderung des bayerischen Hypothekengesetzes, weil die Praxis sich gewöhnt hat, für die beim Subhastationsverkauf ausgefallenen Hypothekengläubiger die früheren Besitzer des betreffenden Grundstücks mithaftbar zu machen. Indessen hat bereits Regelsberger in einer ausgezeichneten Kritik der Schrift (in den Seuffert'schen Blättern für Rechtsanwendung) nachgewiesen, daß eine Abänderung des Gesetzes, bei richtiger Interpretation desselben, unnötig ist. Auf den auch vom theoretischen Standpunkt aus höchst interessanten Aufsatz von Regelsberger sei deshalb statt jeder eingehenden Besprechung hingewiesen. Ehrenberg.

---

**Rechtsbücher des deutschen Reichs.** XIII. Buch: Gesammeltes bürgerliches Recht, Band 2. — **Unfall-Versicherungs-Gesetz** vom 6. Juli 1884. Für den praktischen Gebrauch von Behörden, Versicherern und Versicherten, erläutert aus den Materialien des Reichstags. Zwei Teile. Berlin, Fr. Kortkampf. Preis: 3 Mk.

Der erste Teil enthält außer einer Einleitung das Gesetz mit Erläuterung und Register; der zweite Teil giebt Ausführungsverordnungen und Reichs-Gewerbe-Statistik. Das Werk, wenn auch seiner ganzen Anlage nach ephemerer Natur, dient dem akuten praktischen Bedürfnisse in zweckmäßiger Weise.

Ehrenberg.

---

**Rechtsfälle ohne Entscheidungen.** Ein juristisches Übungsbuch zum akademischen Gebrauche wie für das Selbststudium. München, 1885. 82 S. Preis: 1,40 Mk.

Die vorliegende Sammlung von Rechtsfällen ist schon dadurch von Interesse, daß die Aufgaben nach der Vorrede aus Prüfungsthemen gewählt sind, welche in Bayern in den letzten Jahren gegeben wurden. Aus denselben geht freilich nicht hervor, welchen Maßstab man an die Arbeiten legt; wenn man aber eine allseitig befriedigende Lösung verlangt, so müssen die Anforderungen als ziemlich hohe bezeichnet werden.

Die Sammlung bietet in der That, wie die Vorrede verspricht, „eine Fülle von Übungs- und Lehrstoff“. Sie enthält zehn Fälle aus dem bürgerlichen Recht, acht aus dem Handels-, Wechsel- und Konkursrechte, acht aus dem Civilprozeß, fünfzehn aus dem Strafrecht, zwölf aus dem Strafprozeß und zwei „praktische Fälle aus dem Justizfache“. Nach ihrer Entstehungsgeschichte ist es natürlich, daß die Fälle sowohl an sich wie nach

der Art der Darstellung durchaus verschieden sind. Ein einheitliches Urteil läßt sich unter diesen Umständen schwer fällen, gleichwohl dürften sie im allgemeinen für den akademischen Unterricht nicht geeignet sein.

So notwendig es bereits für den Studierenden ist, daß er nicht nur die abstrakten Rechtsregeln erlernt, sondern auch ihre Anwendung an praktischen Fällen übt, so wenig darf ihn die Universität an Aufgaben führen, bei denen die Schwierigkeit hauptsächlich in der Entwirrung vielfach verschlungener Rechtsverhältnisse liegt. Der Dozent wird stets die Erfahrung machen, daß die im Leben aufstoßenden Fälle zu ihrer Verwendung für den Unterricht eher einer Vereinfachung als einer künstlichen Komplizierung bedürfen. Viele Aufgaben der Sammlung, namentlich die des civilistischen Teils, bieten nun verwickelte und so gedrängt dargestellte Rechtsfälle, daß sie fast an die künstlich zusammengestellten Übersetzungsaufgaben erinnern, die den Zweck haben, in möglichst wenigen Zeilen möglichst viele Schwierigkeiten zu verbergen. Zu Prüfungsthemen mögen sie sich sehr wohl eignen, für den Unterricht fehlt es ihnen an Anschaulichkeit und Durchsichtigkeit. Umgekehrt sind die beiden Fälle der sechsten Abteilung wegen des weitschichtigen Prozeßmaterials, welches sie bringen, kaum zu benutzen. Es bleibt freilich noch eine Reihe von Aufgaben übrig, welche auch in der vorliegenden Form verwendet werden können; für das einzelne Fach aber ist das unmittelbar Brauchbare unter der schon an sich kleinen Zahl von Fällen ziemlich geringfügig.

Bernhöft.

---

**Urteile, Beschlüsse und Verfügungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.** Eine Anleitung zur Anfertigung derselben nebst einigen Mustern von A. **Pütter**, Oberlandesgerichtsrat. Berlin, Franz Vahlen, 1885. VI und 145 SS. Preis: 2,50 Mk.

Das Büchlein dient nach des Verfassers eigner Intention (S. 95) zu einer Ergänzung des im 4. Bande dieser Zeitschrift S. 203 besprochenen Daubenspeck'schen*); das letztere „legt das Hauptgewicht auf die Unterweisung im Referieren und Votieren, behandelt aber die Urteile nur verhältnismäßig kurz"; das vorliegende Schriftchen „vermeidet es, in Betreff des Referates und des Votums eine Anleitung bieten zu wollen und beschränkt sich lediglich auf die Ausarbeitung der fertigen Urteile und Beschlüsse".

Referent ist kein Freund dieses Litteratur-Genres; er bestreitet ihm Notwendigkeit und Nützlichkeit (vgl. Band 2 S. 362 dieser Z.-S.). Er räumt jedoch bereitwillig ein, daß die Pütter'sche „Anleitung" zu den besseren ihrer Art zählt; er rühmt es ihr gerne nach, daß sie, frei von altpreußischer Abneigung gegen das neue Gesetz, bestrebt ist, dem Geiste desselben vollkommen gerecht zu werden; er hebt voll Anerkennung die Selbständigkeit des Verfassers, die Originalität seiner Auffassung und Darstellung (insbesondere der gerade die Hälfte des Ganzen einnehmenden Lehre vom Thatbestand des Urteils) hervor.

Freilich sind auch der — teilweise recht auffälligen — Sätze nicht wenige, vor welchen als bedenklich, als irreführend, als geradezu unrichtig gewarnt werden muß. Vor Allem ist direkt unrichtig das über den Begriff des „Sitzungsprotokoll" (S. 27, 57) Gesagte. Verfasser betrachtet denselben als den Gattungsbegriff, welcher das Protokoll des beauftragten oder ersuchten Richters (C.-Pr.-O. § 151, §§ 313 ff.) neben dem „Protokoll über die mündliche Verhandlung" (C.-Pr.-O. §§ 145 ff.) als Spezies umschließe. Daß dies falsch und daß unter Sitzungsprotokoll lediglich das Protokoll über die mündliche Verhandlung zu verstehen ist, beweisen erstlich die Materialien unseres Gesetzes; ich verweise nur auf

---

*) Soeben erhalten wir von der Verlagsbuchhandlung die zweite vermehrte und verbesserte Auflage von Daubenspeck (190 gegen 146 SS.), kartonn. mit Leinenrücken 3 Mk., zugesendet.



die gleichlautende Bestimmung in § 277 Preuß. E. und § 360 Nordd. E.: „Über jede mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen (Sitzungsprotokoll)";

und auf

den Passus in den Motiven zum deutschen E. I. S. 295, E. II. S. 172, E. III. S. 137: „das Protokoll, welches von dem Gerichtsschreiber über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte aufzunehmen ist (Sitzungsprotokoll)".

Das beweist aber ferner das Gesetz selbst, welches unter „Sitzung" überall nur das Zusammensitzen des Prozeßgerichts versteht (G.-V.-G. §§ 175, 177, 179, 180, 185; damit zusammenhängend „Vorsitzender" des Prozeßgerichts, Sitzungszimmer u. s. w.) und von den Handlungen des beauftragten und ersuchten Richters ausdrücklich sagt, daß sie „außerhalb der Sitzung" geschehen (C.-Pr.-O. § 151; G.-V.-G. § 182; cf. auch die guten Ausführungen über den Begriff „Sitzung" im neuen hann. Mag. I (1860) S. 406 ff.). — Ganz verfehlt ist auch der Satz auf S. 7: „Jedes Urteil enthält eine Entscheidung der Hauptsache, und somit entweder des ganzen Rechtsstreites oder eines Teiles desselben." Die erste Behauptung ist unrichtig; sie übersieht das Urteil über die Prozeßvoraussetzungen (§ 248 C.-Pr.-O.), welches, wie man auch sonst den Begriff „Hauptsache" auffassen mag, unmöglich eine Entscheidung über die Hauptsache genannt werden kann, da die C.-Pr.-O. die Verhandlung zur Hauptsache und über die prozeßhindernden Einreden in § 248 und sonst ausdrücklich in Gegensatz stellt; sie übersieht aber ferner die Urteile über einen Zwischenstreit, welch letzterer ebenfalls einen zur Hauptsache gegensätzlichen Begriff bildet (z. B. C.-Pr.-O. § 191). Die zweite Behauptung, welche näher dahin präzisiert wird: Das den ganzen Rechtsstreit entscheidende Urteil sei „Endurteil", die über einzelne Teile des Rechtsstreites ergehenden Urteile aber seien teils „Teilurteile", teils „Zwischenurteile" im Sinne der C.-Pr.-O., ist falsch, insoweit von Pütter Teilurteil und Endurteil einander entgegengesetzt werden, und ist mindestens in hohem Grade anstößig und

irreführend, insoweit vom Zwischenurteil ausgesagt wird, daß es einen Teil des Rechtsstreites entscheide.

Bedenklich scheint mir die Art und Weise, wie Pütter das schon von Wach, Vorträge S. 6 ff., bekämpfte Axiom, daß bei fortgesetzter mündlicher Verhandlung ausschließlich das in der letzten Verhandlung Vorgebrachte dem Urteil zu Grunde gelegt werden dürfe, bis zu den äußersten Konsequenzen treibt (z. B. S. 17, 52 ff., 74, 79). Bedenklich scheint mir ferner der Satz (S. 17 ff., S. 86), daß solche Thatsachen, welche sich auf die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte beziehen, in den Thatbestand nicht aufzunehmen seien. Auch dann nicht, wenn eine Verhandlung der Parteien darüber stattgefunden hat? — Endlich aber möchte ich gegen das, was Pütter im Anschluß an Bähr (Urteile des Reichsgerichts, Vorrede) S. 90 ff. über die Entscheidungsgründe der Urteile und gegen die Aufnahme wissenschaftlicher Erörterungen und litterarischer Citate in dieselben sagt, Protest erheben, wenigstens was die Urteile des Reichsgerichts angeht. Ich bestreite, was Bähr lc. p. III. und Pütter S. 91 behaupten, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts zunächst für die streitenden Parteien bestimmt seien. Nicht um der Parteien willen ist die Revision zugelassen, das Reichsgericht als 3. Instanz geschaffen worden. „Den Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen können, dürfte völlig genügt sein, wenn der Staat den Prozeßparteien die Möglichkeit gewährt, ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte zu erwirken.“ „Der rechtfertigende Grund für die Eröffnung einer dritten Instanz vor einem obersten Gerichtshofe wurde in dem Bedürfnisse nach Einheit des Rechts und der Rechtspflege gefunden“, so präzisieren die Motive zum E. der R.-C.-Pr.-O. S. 41, 42 resp. S. 45 die ratio legis für die Schöpfung der dritten Instanz. Die Urteile des Reichsgerichts wenden sich darnach zunächst an die deutschen Gerichte; sie sagen ihnen, wie das Reichsgericht das Reichsrecht interpretiert, und nötigen sie indirekt, sich dieser Interpretation auch ihrerseits anzuschließen. Nun scheint es mir

doch der Würde der deutschen Gerichte allein zu entsprechen, daß diese Nötigung zu einer möglichst spirituellen dadurch gemacht werde, daß das Reichsgericht die Landes-Gerichte so sehr wie irgend möglich durch die Macht der Überzeugung allein zu seiner Rechtsauffassung dränge. Dazu wird es aber in den doch meist intrikateren Rechtsfragen, welche die Revision an die höchste Instanz bringt, eingehende eigene wissenschaftliche Erörterungen ebensowenig wie die Verweisung auf die seine Ansicht stützenden Schriften der Theoretiker entraten können. Eine „möglichst knappe Form" der Entscheidungsgründe, wie sie Bähr-Pütter verlangen, enthielte nach meiner Auffassung geradezu eine Vergewaltigung der deutschen Gerichte, welche sich wohl oder übel der Rechtsauffassung des Reichsgerichtes anschließen müssen.

Birkmeyer.

---

**Die Lehre von der Zwangsvollstreckung auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze, systematisch dargestellt von Fr. Bunsen.** Wismar, Hinstorff, 1885. 187 SS. Preis: 3 Mk.

Das Buch ist den Lesern dieser Zeitschrift etwa zur Hälfte seines Inhalts schon bekannt. Denn der ganze erste, das materielle Zwangsvollstreckungsrecht behandelnde Abschnitt bis auf S. 96 enthält im Wesentlichen die nämlichen Gedanken und Ausführungen, welche der Verfasser in dieser Zeitschrift Bd. II S. 298—343 und Bd. III S. 274—319 bereits veröffentlicht hatte. Übrigens sei sofort bemerkt, daß auch dieser Teil des Buches gegen früher vielfach formell und materiell umgestaltet und, wie wir wohl behaupten dürfen, verbessert ist. Ganz neu ist der zweite, das Zwangsvollstreckungsverfahren erörternde Abschnitt (S. 97—187). Die systematische Scheidung des materiellen und des formellen Zwangsvollstreckungsrechtes billigen wir für eine Monographie über die Exekution vollständig. Doch

scheint sie uns nicht ganz konsequent durchgeführt. Auf S. 21 ff. wird von der Vollstreckungsklausel als einer „Voraussetzung des Zwangsvollstreckungsrechtes auf Seiten des Gläubigers" gehandelt, auf S. 138 ff. von der in § 671 C.-Pr.-O. vorgeschriebenen Zustellung des vollstreckbaren Schuldtitels als einer Voraussetzung des Beginnes des Verfahrens. Allein erstere ist so wenig wie letztere eine Voraussetzung für das Zwangsvollstreckungsrecht; beide bedingen nur seine Ausübung. Voraussetzung des Rechtes auf Zwangsvollstreckung ist ein dies Recht erzeugender Vollstreckungstitel und Nachweis der Erfüllung einer etwaigen Bedingung oder Befristung des Rechtes im Titel, sowie die Erbringung der Aktivlegitimation; die Vollstreckungsklausel ist nur die formelle Feststellung dieser Voraussetzungen (Wach, Vorträge S. 233). Auch die Darstellung der Lehre von den Mitteln der Zwangsvollstreckung dürfte auf die beiden Abschnitte nicht korrekt verteilt sein; die Pfändung z. B. wird auch nach ihrer materiellrechtlichen Seite im § 33 Abschn. II, die „Haft als Vollstreckungsmittel" im § 9 Abschn. I behandelt. Die Zusammenfassung der Lehre von den Objekten und teilweise von den Mitteln der Zwangsvollstreckung im 2. Kapitel unter dem Gesichtspunkt „Das Gebiet der Zwangsvollstreckung auf Seiten des Schuldners" erscheint uns gekünstelt. Kein Jurist, der nur diese Überschrift vor sich hätte, würde wohl erraten können, was der Verfasser nun unter ihr bringt.

Inhaltlich stehen wir nicht an, die Schrift als eine, wenn auch stellenweise etwas trockene, doch im Ganzen tüchtige und lesenswerte Arbeit zu bezeichnen. Als Glanzpartie möchten wir die Lehre von der Widerspruchsklage (§ 690 C.-Pr.-O.) auf S. 59—96 betrachten. Auch das über „das Rechtsverhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem Gläubiger" S. 123 ff. Gesagte verdient hervorgehoben zu werden. In beiden Partien ist insbesondere auch die civilrechtliche Seite eingehender gewürdigt, als es in anderen Materien, z. B. beim Pfändungspfandrecht, geschehen ist. Endlich erweist sich auch des Verfassers Unterscheidung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens im weiteren und

engeren Sinne (S. 97)*) insofern als fruchtbar, als es ihn in die Lage setzt, das Verfahren aus den §§ 773—775 viel richtiger aufzufassen (s. insbes. S. 99, S. 109, 136, vgl. freilich auch S. 181) als die Kommentare, welche samt und sonders annehmen, daß die Zwangsvollstreckung schon mit den „Entscheidungen" der cit. §§ beginne, daher das „Urteil" als den vollstreckbaren Schuldtitel betrachten, von ihm eine vollstreckbare Ausfertigung schon für die Stellung des Antrages auf Entscheidung (warum nicht auch Zustellung des Urteils gemäß § 671?) verlangen, gleichwohl dann aber auch die „Entscheidung" selbst als vollstreckbaren Schuldtitel anerkennen und auch von ihr eine vollstreckbare Ausfertigung verlangen, also die Zwangsvollstreckung nunmehr zum zweiten Male beginnen lassen.

Störend waren uns die vielen stehen gebliebenen Druckfehler (z. B. S. 5 Z. 12 v. o., S. 27 Z. 4 v. u., S. 28 Z. 15 v. u., S. 43 Z. 11 v. u., S. 46 Z. 5 v. o., S. 51 Z. 11 v. o., S. 53 Z. 18 v. o., S. 65 Z. 7 v. u., S. 67 Z. 3 v. u., S. 71 Z. 5 v. o., Z. 19 v. o., Z. 24 v. o., S. 77 Z. 11 v. o., S. 85 Z. 13 v. o. u. s. w.).

Birkmeyer.

---

## Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit mit Exkursen in die Lehre von der absolutio ab instantia, den Prozeßvoraussetzungen und den prozeßhindernden Einreden, nach der R.-C.-Pr.-O. und im Hinblick auf

*) Ebenso entschieden, als sie S. 98 aufgestellt ist, muß der Behauptung widersprochen werden, daß die C.-Pr.-O. den Ausdruck „Zwangsvollstreckungsverfahren" überhaupt nicht gebrauche. Abgesehen davon, daß z. B. § 757 Abs. 2, cf. § 685 Abs. 1 von „dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren" redet, so gebrauchen z. B. die §§ 680, 684 Abs. 2 direkt den Ausdruck „Vollstreckungsverfahren", der § 701 C.-Pr.-O. und der § 204 G.-V.-G. den Ausdruck „Zwangsvollstreckungsverfahren".



**das gemeine Prozeßrecht. Von Caesar Barazetti. Heidelberg, Bangel & Schmitt, 1885. 48 SS. Preis: 1,20 Mk.**

Auf die vorliegende Schrift hin hat sich der Verfasser, wie uns die Verlagshandlung mitteilt, in Heidelberg als Privatdozent habilitiert. Wenn in Heidelberg nicht etwa ein Zwang besteht, derartige Schriften veröffentlichen zu lassen, so hätten wir dem Verfasser ganz entschieden davon abgeraten. Das Schriftchen ist unserer Ansicht nach wertlos. Es ist vor Allem pure und systemlose Kompilation. Der Vogel, dessen Federn hauptsächlich, und zwar sorgfältig auch die kleinsten, ausgerupft sind, ist Lothar Seuffert. Man wird dem Verfasser zugestehen müssen, daß er in der Auswahl seines Opfers sich sorgfältig und geschickt erwiesen hat. Aber er hätte nicht vergessen müssen, daß Seuffert einen Kommentar schreiben wollte, während er selbst eine wissenschaftliche Untersuchung einer Detailfrage liefern sollte. Er hätte das, was der Kommentator zu §§ 50 ff. C.-Pr.-O. zusammentragen mußte, systematisch digerieren müssen. Statt dessen wirft er den ganzen Inhalt seines Büchleins in zwei große Partien zusammen: § 1. Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit S. 1—18; § 2. Die prozessualische Behandlung des Mangels der Prozeßfähigkeit u. s. w. S. 18 bis 48. Innerhalb dieser beiden großen Abschnitte giebt es keine Gliederung, keine logische Einteilung mehr, sondern in einem ununterbrochenen Zuge, meist ganz äußerlich aneinander gereiht, werden uns, besonders im § 2, die heterogensten Dinge ermüdend vorgetragen. Doch das ist des Büchleins geringster Fehler. Wir müssen ihm vor Allem Unwissenschaftlichkeit, Ungründlichkeit und Oberflächlichkeit vorwerfen. Gleich die erste Seite (S. 3) beginnt mit einer Begriffsverwirrung. Die Parteifähigkeit wird zuerst im Anschluß an Fitting richtig definiert als die Fähigkeit, in einem Rechtsstreit Haupt- oder Nebenpartei sein zu können. Dann aber wird sie sofort identifiziert mit der Persönlichkeit, aus der sie doch vielmehr abfließt. Flugs wird weiter abgeschrieben, was Zöpfl, Grundriß zu Vorlesungen

über Rechtsphilosophie S. 85 von der Persönlichkeit sagt, und so die Parteifähigkeit weiter definiert, als „ein Zustand . . . . . . ., aus welchem die Fähigkeit dieser Person, Rechte und rechtliche Verpflichtungen zu haben, folgt". Also: Aus der Fähigkeit, in einem Rechtsstreit Partei zu sein, folgt die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben! — Darauf kommen mit Berufung auf Schmid (1843) einige angebliche Fälle von Parteiunfähigkeit, welche man, seitdem man zwischen Parteiunfähigkeit und Prozeßunfähigkeit schärfer unterscheidet, meist der letzteren zuzählt (vgl. Wetzell § 12 Not. 27, 28). — Aus Wetzell § 12 in. wird sodann S. 4 der Satz abgedruckt, es sei eine Singularität, daß auch Handelsgesellschaften, obwohl sie nicht juristische Personen seien, unter ihrer Firma klagen und verklagt werden können. Allein das hat längst aufgehört, eine Singularität zu sein, wie die unmittelbar darauf aus Fitting übernommenen zahlreichen weiteren Fälle beweisen. — Auf S. 5 wird die Notwendigkeit betont, die Prozeßfähigkeit von der Parteifähigkeit zu sondern, worauf der merkwürdige Satz folgt: „Und hat dies auch die C.-Pr.-O. gethan, welche sich, die Frage nach der Parteifähigkeit dem Civilrecht überlassend, obwohl nicht ganz korrekt, wie Bayer a. a. O., sowohl Parteifähigkeit als Prozeßfähigkeit unter legitima persona standi in judicio begreifend, ex professo mit der Prozeßfähigkeit . . . . . in den §§ 50 bis einschließlich 55 beschäftigt". Abgesehen von seiner entsetzlichen Konstruktion enthält dieser Satz drei Unrichtigkeiten. Zunächst, indem er die Sache so darstellt, als ob die C.-Pr.-O. nur die Parteifähigkeit dem Civilrecht überlasse, die Prozeßfähigkeit aber selbst ordne, während letztere doch im § 50 C.-Pr.-O. prinzipiell ebenfalls dem bürgerlichen Recht zugewiesen ist. Sodann, indem er behauptet, daß das Gesetz dem Terminus legitima persona standi in judicio einen falschen Sinn beilege, als Beleg dafür aber in Not. 11*) auf die Motive

*) Völlig konfus ist die Bemerkung in Not. 11: „Ich citiere hinsichtlich der Motive, Protokolle u. dergl. nach den Drucksachen des Reichstags, schon deshalb, weil die Hahn'sche Materialienausgabe überall die Seitenzahl der

S. 73 verweist; die Motive sind nicht das Gesetz. Endlich, indem er den Motiven unterschiebt, daß sie sowohl Parteifähigkeit als Prozeßfähigkeit unter legitima persona standi in judicio begreifen, während dieselben doch a. a. O. vollkommen klar und deutlich sagen: „Unter Prozeßfähigkeit versteht der Entwurf die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß, an welchem die Partei beteiligt ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitima persona standi in judicio". Das Mißverständnis dieser Stelle durch den Verfasser ist um so unbegreiflicher, als er sich unmittelbar darauf die in ihr enthaltene Definition der Prozeßfähigkeit wortwörtlich aneignet, so wortwörtlich, daß er (ohne Anführungszeichen) sogar abdruckt „Unter Prozeßfähigkeit versteht der Entwurf"! — Auf S. 6 unterscheidet er unter Berufung auf Wetzell die Postulationsfähigkeit von der Prozeßfähigkeit, während doch Wetzell S. 96 zu N. 4 ausführt, daß in den römischen Rechtsquellen mit postulare prohibiti lediglich eine Art der Prozeßunfähigkeit, nämlich die recht eigentlich dem Prozeßrecht angehörende bezeichnet wird, während vom Mangel der legitima persona standi in judicio nur da die Rede sei, wo die Prozeßunfähigkeit aus der civilrechtlichen Handlungs- und Dispositionsunfähigkeit resultiere. Übrigens ist dieses Mißverständnis nicht des Verfassers eigenes. Die Art und Weise, wie er dazu kam, ist für seine ganze schriftstellerische Methode charakteristisch. Es war dem Referenten aufgefallen, daß der Verfasser, der S. 4 Not. 5 ausdrücklich angiebt, daß er Wetzell in der 3. Auflage benütze, für das eben erwähnte Mißverständnis

---

authentischen Drucke angiebt. Nur so sind Verwirrungen zu vermeiden." Aber in den Drucksachen des Reichstags (Stenograph. Berichte) bildet der Entwurf der C.-Pr.-O. nebst Begründung das Aktenstück Nr. 6 der Anlagen zu den Verhandlungen der II. Legislatur-Periode, 2. Session 1874, welches mit S. 334 beginnt. Die vom Verfasser citierte Stelle der Motive findet sich in diesem Aktenstück auf S. 419, während die von ihm angegebene S. 73 sich auf die authentische Vorlage an den Reichstag bezieht, nach welcher auch Hahn die Seitenzahl der Motive angiebt.



auf einmal in N. 14 die 2. Auflage („§ 12 S. 83") citiert. Referent erging sich in allen erdenklichen Vermutungen über den Grund dieser sonderbaren Abwechslung, bis er zufällig beim Nachschlagen der Citate in N. 14 entdeckte, daß sowohl der Text zu N. 14, als die Citate in N. 14 einfach aus Bolgiano's Handbuch S. 125 abgeschrieben seien: Also die Citate offenbar, ohne sie nur selbst zu prüfen! Und dies in einer Schrift, mit welcher der Verfasser seine akademische Laufbahn inauguriert! — Doch ich fürchte, unsere Leser zu ermüden, und glaube bereits durch die zahlreichen auf den ersten 6 Seiten der Schrift nachgewiesenen Mängel mein obiges Urteil gerechtfertigt zu haben. Daß sie auch im weiteren Verlauf in gleich unwissenschaftlichem Geiste geschrieben ist, kann ich versichern und nötigenfalls beweisen.

Birkmeyer.

---

**Der Offenbarungseid im Reichsrecht.** Eine wissenschaftliche Abhandlung aus dem Gebiete des praktischen Civilprozeßrechts von W. Francke. Berlin, Franz Vahlen, 1885. VIII und 116 SS. Preis: 2 Mk.

Die Lehre vom Offenbarungseid nach der R.-C.-Pr.-O. hat nicht nur in der Praxis schon eine große Zahl teilweise tief einschneidender Zweifelsfragen zu Tage gefördert, sondern ist auch theoretisch von hohem Interesse, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der §§ 780 ff. C.-Pr.-O. zum Prinzip der Mündlichkeit. Der Wichtigkeit der Lehre entsprechend hat sie bereits eine ziemlich umfangreiche Litteratur aufzuweisen, welche vom Verfasser auf p. VIII übrigens nicht ganz vollständig aufgeführt ist.*) Es war von vorneherein verdienstlich, die ganze Materie

*) Die „nichtreichsrechtliche Litteratur seit 1857", deren Angabe

mit dem gegenwärtigen Stand der einzelnen Kontroversen einmal im Zusammenhange darzustellen, und die Art und Weise, wie Francke diese Aufgabe gelöst, verdient unbedingte Anerkennung. Er zeigt den gewiegten Praktiker in der umsichtigen Auffindung aller der Punkte, wo für die Anwendung des Gesetzes Zweifel und Schwierigkeiten sich ergeben könnten, und er offenbart zugleich den wissenschaftlich fein durchgebildeten Juristen in der Art, wie er die von ihm selbst oder von Anderen aufgeworfenen Fragen zu lösen sucht. So können wir das Buch unseren Lesern auf das Beste empfehlen; es wird ihnen in der Praxis kaum eine Frage begegnen, wo ihnen der Verfasser nicht die, überdies u. E. meist richtige Lösung an die Hand giebt oder sie doch auf den rechten Weg zur Lösung weist. — Was nun die Stellungnahme des Verfassers zu den wichtigsten Fragen in der Lehre vom O.-E. anlangt, so entscheidet er sich in der Kontroverse, ob für die Zwangsvollstreckung von Offenbarungseid-Pflichten des bürgerlichen Rechts ebenfalls das Verfahren der §§ 780—783 C.-Pr.-O., oder aber das Verfahren der §§ 774, 776 daselbst, etwa mit entsprechender Anwendung einzelner Vorschriften der §§ 780—783, maßgebend sei, auf S. 103 ff. gegen Mugdan für Letzteren, also für die herrschende, insbesondere auch vom Mecklenburgischen O.-L.-G. (in dieser Zeitschr. III S. 170, 171) vertretene und jüngst erst vom Reichsgericht durch Beschluß des III. C.-S. v. 2. V. 1884 (Entsch. XI. 395) approbierte Ansicht. In der Frage aber nach dem Verhältnis der §§ 780 ff. zum Mündlichkeitsprinzip erklärt

---

freilich nach der ganzen Tendenz und dem Inhalt des Buches ziemlich überflüssig erscheint, würde zu ergänzen sein durch Renaud, Civ. Arch. 43 (1860) S. 197—206; Matthiae, Kontroversenlexikon 3. Teil (1864) s. v. Manifestationseid, sowie die Lehrbücher von Wetzell § 28 sub 2 und Renaud §§ 138, 139. Aus der reichsrechtlichen Litteratur fehlen insbesondere die in meiner Litteraturzusammenstellung angegebenen Aufsätze in den Bayer. Blätt. f. R.-A. und in der Jur. W.-S. Neu hinzugekommen sind noch der kurz vor des Verfassers Buch erschienene Aufsatz von Staub „Der Charakter des Offenbarungseidverfahrens" in der Jur. W.-S. 1885 nr. 2, 3 S. 9—13; und jüngst erst Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 38—41, 181—185.

sich Francke S. 42 ff. in ausführlicher Begründung ebenso gegen die Ansicht derer, welche die Anwendung der §§ 119 ff. auf die §§ 780 ff. gänzlich leugnen, also den § 684 Abs. 3 auch hier für maßgebend betrachten — eine Ansicht, zu deren Vertretern außer den auf S. 42 des Buches Genannten nunmehr auch noch Staub an dem oben in Not. * angeführten Ort zu rechnen ist —, als auch gegen die Ansicht derer, welche das ganze Verfahren des § 780 ff. als ein wesentlich mündliches im Sinne der §§ 119 ff behandeln, also den § 684 Abs. 3 als durch die §§ 780 ff. außer Anwendung gesetzt betrachten. Francke entscheidet sich vielmehr für die von Petersen und dem Reichsgericht (Beschl. des V. C.-S. v. 22. XI. 1883, Entsch. X, 411), neuestens übrigens auch von Bunsen lc. S. 184 und von Reincke Komm. zu §§ 781, 782 sub II vertretene Auffassung, wonach lediglich im Fall der Bestreitung der Offenbarungseid-Verpflichtung durch den Schuldner (§ 781 Abs. 2 C.-Pr.-O.) mündliche Verhandlung im Sinne der §§ 119 ff. Platz zu greifen hat, im Übrigen aber das gewöhnliche Verfahren in der Zwangsvollstreckungsinstanz stattfindet. — Im Anschluß hieran aber sei dem Theoretiker noch eine Bemerkung gestattet. Francke argumentiert, um die Anwendbarkeit der §§ 119 ff. zu beweisen, wie üblich mit dem „Urteil" des § 781 Abs. 2 und mit dem Dogma „kein Urteil ohne mündliche Verhandlung" im Sinne der §§ 119 ff. Das ist kein durchschlagendes Argument. Man vergl. nur z. B. die Erwiderung von Staub lc. S. 12: „so folgt daraus nichts mehr und nichts weniger, als daß es eben sonst in der C.-Pr.-O. ein Urteil ohne mündliche Verhandlung nicht giebt. Dann ist eben das im § 781 vorgesehene Urteil das einzige Urteil ohne mündliche Verhandlung". In der That ist das Dogma so wie oben formuliert nicht richtig. Man vergl. nur die §§ 352—354, wo ebenfalls nach § 352 durch (Zwischen-) Urteil entschieden werden soll, wo in § 354 ausdrücklich mündliche Verhandlung angeordnet ist, und wo doch vom Mündlichkeitsprinzip, d. h. von dem Grundsatz, daß die Entscheidung des Streites ihren Stoff lediglich den mündlichen Vorträgen der Parteien entnehmen darf,

keine Rede sein kann. Das Dogma muß vielmehr dahin formuliert werden: Auf dem Gebiet, für welches der § 119 C.-Pr.-O. das Mündlichkeitsprinzip überhaupt aufstellt, giebt es kein „Urteil“, dessen ausschließliche Grundlage nicht die mündlichen Vorträge der Parteien wären. Von diesem Dogma giebt es keine Ausnahme, sofern es in unserem Reichscivilprozeßrecht überhaupt ein Mündlichkeitsprinzip giebt, was m. E. nicht bezweifelt werden kann. Das Gebiet aber, welches der § 119 dem Mündlichkeitsprinzip zuweist, ist „die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte“. Nur wenn sich nachweisen läßt, daß jedes dieser Worte auf den Thatbestand des § 781 Abs. 2 zutrifft — und ich glaube allerdings, daß dies der Fall ist —, beweist das Wort „Urteil“ im § 781 Abs. 2 für die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung im Sinne der §§ 119 ff., dann aber auch mit Evidenz.

Birkmeyer.

---

**Die deutsche Civilprozeßordnung. Für die Praxis erläutert von O. Reincke, Direktor am Landgericht I zu Berlin. Berlin, H. W. Müller, 1885. VII u. 808 SS. Preis: 14 Mk.**

Wenn neben der überreichen Menge von Kommentaren zur R.-C.-Pr.-O., von welchen die besseren in immer wieder neuen sorgfältig überarbeiteten, die neueste Litteratur und Judikatur nachtragenden Auflagen erscheinen*), ein neuer Kommentar zu Tage tritt, so sind wir vor Allem so berechtigt wie verpflichtet, die Bedürfnisfrage aufzuwerfen. Und diese glauben wir verneinen zu müssen. Es will uns bedünken, daß die bis jetzt schon zu Gebote stehenden Kommentare auch der Praxis nichts weiter zu wünschen übrig lassen, als — ein gutes Lehrbuch,

---

*) Es liegen uns an solchen vor: von Wilmowski & Levy, 4. Aufl., bis jetzt 3 Lieferungen, 400 Seiten, reichend bis zum § 267, und Seuffert, 3. Aufl., bis jetzt 3 Lieferungen, 480 Seiten, reichend bis § 403 C.-Pr.-O.



aber keinen neuen, wenn auch noch so guten Kommentar. In dieser Überzeugung hat uns Reincke auch durch sein Vorwort nicht zu erschüttern vermocht. Seine Äußerung, die Praxis bedürfe noch ein Buch, welches sie „zu der gewöhnlichen, d. h. nicht die Vertiefung in Einzelfragen erheischenden Rechtsanwendung in Stand setze", haben wir entweder nicht recht verstanden oder wir müssen sie als höchst bedenklich bezeichnen. Wir meinen: gerade die Praxis hat es stets im Gegensatz zu der allgemeine Rechtsregeln abstrahierenden Theorie mit der Lösung von Einzelfragen zu thun. Diese Lösung liegt entweder auf der Oberfläche: dann genügt dem Praktiker sein Gesetz ohne Kommentar, oder doch mindestens vollauf eine Textausgabe mit Anmerkungen, wie die von Seuffert, oder eine Handausgabe, wie die von v. Wilmowski & Levy. Oder die Lösung verlangt eine Vertiefung in den geistigen Zusammenhang des Gesetzes, es handelt sich um Fragen altioris indaginis, dann wird der Praktiker zum Kommentar, und am liebsten zu demjenigen Kommentar greifen, der das Gesetz in seinen tiefsten Tiefen ihm blos legt.

Doch dies Alles sind ja, wenn ich so sagen darf, nur Reflektionen de libro scribendo. So, wie der Reincke'sche Kommentar einmal geschrieben ist, verdient er u. E. die vollste Anerkennung und Beachtung. Er hat zum Glück den vorhin kritisierten Gedanken nicht verwirklicht. Der Praktiker möge getrost auch in den schwierigsten Fragen nach ihm greifen, er wird ihn nicht im Stiche lassen. Er giebt ihm überall eine wohlerwogene selbständige Meinung, er berücksichtigt ausreichend Litteratur und Judikatur, er belehrt ihn durch kurze Andeutungen und Verweisungen, wo er sich auf kontroversem Gebiete befinde. Sein Hauptvorzug aber besteht u. E. in einer seltenen Gewandtheit, trotz des Anschlusses an die Legalordnung, ja selbst innerhalb der einzelnen Gesetzesparagraphen zu systematisieren. Überrascht sahen wir manchmal, daß in der R.-C.-Pr.-O. viel mehr System stecke, als wir selbst vermuteten. Zugleich giebt dies Systematisieren dem Kommentar die Gestalt lauter kleiner in sich geschlossener und wohlabgerundeter Einzelabhandlungen; es verschafft den Interpretationen des Verfassers überall eine allge-

meinere Grundlage und damit eine logische Schärfe und Stärke, welche von vorneherein von ihrer Richtigkeit überzeugen; es ersetzt endlich durch Zuhülfenahme fett resp. gesperrt gedruckter zusammenfassender und orientierender Überschriften dem Kommentar u. E. reichlich die Übersichtlichkeit, welche der Verfasser p. IV durch die getrennten Textnoten gefährdet glaubt.

So liefert dieser neueste Kommentar einen recht eklatanten Beweis dafür, daß das Bedürfnis der Praxis mehr und mehr vom Kommentar zum System drängt. Er liefert ihn, wie zum Schluß noch bemerkt werden mag, bis in sein Sachregister hinein, ja hier, wo der Verfasser durch die Notwendigkeit eines Anschlusses an die Reihenfolge der Gesetzesparagraphen nicht beengt war, sogar in erhöhtem Maße. Man vergleiche z. B. sub „Mündliche Verhandlung", „Schriftsätze", „Urkunden", „Verfahren" u. a. m. Birkmeyer.

---

**Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht von August Geyer. Zweite Hälfte: Besonderer Teil. 1885. VII und 216 SS. Preis: 3,50 Mk.**

Sehr rasch ist der im Band IV S. 377 besprochenen ersten Hälfte des Unternehmens die zweite gefolgt und damit die Gefahr ausgeschlossen, daß Geyer's Grundriß gleich dem Binding'schen ein Torso bleiben möchte. Die von uns am allgemeinen Teil gerühmten Vorzüge eignen auch dem besonderen. Insbesondere ist die im § 16 enthaltene Aufzählung der strafrechtlichen Nebengesetze im besonderen Teile zu einer Verarbeitung derselben geworden, die sich auch auf die inzwischen neu erschienenen Gesetze (s. insbesondere das Sprengstoffgesetz § 138, das Aktiengesetz § 102 sub 6 und § 161 sub VI) miterstreckt hat.

Wir empfehlen den Grundriß unseren Lesern wiederholt auf das Angelegentlichste. Birkmeyer.

---

**Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch. Von Friedrich Hellmann. Erste Abteilung. München, Ackermann, 1885. Preis des ganzen Werkes: 12—15 Mk.**

Durch die Kommentar-Litteratur, durch zahlreiche Monographien und Abhandlungen in den Zeitschriften, sowie durch die Mitteilungen über die Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer Gerichte ist die Materie des Reichscivilprozeßrechts im Detail einigermaßen verarbeitet und allmählich der Boden für das Unternehmen einer systematischen Darstellung genügend geebnet und vorbereitet. Das Bedürfnis einer nach einem verständigen Plane angelegten wissenschaftlichen Behandlung des Prozeßrechts ist unverkennbar, und es ist sicher, daß vorliegende Arbeit, welche sich zum Zwecke setzt, diesem Bedürfnisse abzuhelfen, schon deshalb viele Leser finden wird, weil sie als das erste umfassende Lehrbuch auf dem Platze erscheint. Denn die Handbücher von Bolgiano (1879) und Warmuth (1881) sind unvollendet geblieben, haben auch in unserem Rechtsgebiete ebensowenig Verbreitung gefunden, wie die zunächst für Preußen bestimmten Darstellungen von Rintelen (enthält Civil- und Strafprozeßrecht) und Meves. Die Arbeiten von v. Bar (in v. Holtzendorff's Encyclopädie) und Fitting (der Reichscivilprozeß) sollen nur für die erste Orientierung dienen und die Publikationen von Schelling (Lehrbuch des C.-Pr.) und Remelé (Handbuch des C.-Pr.) sind ganz unbrauchbare Zusammenstellungen aus den Reichsjustizgesetzen.

Das vorliegende Lehrbuch, welches bis zum Beginne des besonderen Teiles vollendet vorliegt, und von welchem der Rest im Manuskripte bereits fertiggestellt ist, will dem akademischen sowohl als auch dem praktischen Gebrauche dienen. In letzterer Beziehung, d. h. für die Vorbereitung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten möchten wir glauben, daß das Buch den besseren Kommentaren das von ihnen beherrschte Terrain in keiner Weise streitig machen kann. Die Kommentarform ist nun

einmal, besonders nach jetziger jahrelanger Gewöhnung des juristischen Publikums, für die Praxis die bequemere, vor Allem aber kann ein Lehrbuch, ohne zu übermäßigem Umfange anzuschwellen, niemals auch nur annähernd die von der Praxis begehrte Fülle des Details bieten, welche ein Kommentar bei der ihm erlaubten abgerissenen, alle Übergänge vermeidenden Darstellungsform leicht in sich aufnimmt. Das vorliegende Werk kann sich — trotz der entschieden praktischen Beanlagung des Herrn Verfassers, von welcher schon sein in mancher Hinsicht vortrefflicher Kommentar zur C.-Pr.-O. ein günstiges Zeugnis ablegte, — diesen in der Natur der Sache liegenden Mängeln nicht entziehen; es bietet für die unmittelbare Verwendung in der Praxis weniger Material, als irgend einer der in neuerer Auflage erschienenen Kommentare.

Es mußte der Herr Verfasser deshalb seinen Wirkungskreis unter den Lehrenden und Studierenden suchen, vor Allem aber mußte er die Interessen derjenigen berücksichtigen, welche ohne die Absicht sofortiger praktischer Anwendung des Gelesenen eine zusammenhängende wissenschaftliche Behandlung des ihnen aus der Praxis im Detail vertraut gewordenen Stoffes genießen wollen. Aber gerade in dieser Richtung scheint uns die vorliegende Arbeit nicht den zu stellenden Anforderungen zu entsprechen.

Hier genügt es nicht, dem heute geltenden Reichscivilprozeß in selbsterfundenem Systeme zur Darstellung zu bringen, hier genügt es nicht, dasjenige, was jeder Kommentar uns in Legalordnung bietet, in eine andere, freiere Form umzuschmelzen, wie es der Herr Verfasser gethan hat. Wenn man für den hier in Frage kommenden Zweck nicht jenen großen Reichtum an Detailausführungen verlangt, welchen der Kommentar uns bietet, so verlangt man andererseits ein Mehr, von welchem man bei den Kommentaren abzusehen sich gewöhnt hat; das Lehrbuch soll eine wissenschaftliche Behandlung der einzelnen Institute geben, es soll uns dieselben nicht als etwas fertig Bestehendes vor Augen führen, sondern es soll uns eine Darstellung ihres Entstehens und ihrer allmählichen Entwickelung liefern, es soll uns

aufdecken, ob wir ihre Wurzeln in römischer, kanonischer, italienischer, deutscher oder französischer Rechtsentwickelung zu suchen, oder ob wir es mit einer Schöpfung des neuesten Rechtes zu thun haben. Es mag sein, daß wir mecklenburgischen Juristen, von denen zwei Jahrzehnte lang Niemand auch nur das erste juristische Examen wagen durfte, ohne sich den gesamten Inhalt von Wetzell's System gründlich zu eigen gemacht zu haben, und die wir diesem Entwickelungsgange eine besondere Neigung für die historische und dogmengeschichtliche Seite des Prozeßrechtes verdanken, höhere Anforderungen in dieser Richtung stellen. Aber diese Anforderungen sind wohlberechtigte, und es ist eine ernste Pflicht für uns, stets eingedenk zu sein, „daß die Theorie des Prozesses eine Wissenschaft im wahren Sinne des Wortes geworden ist, gerichtet auf ein geschichtliches Objekt, das konkret gestaltet und doch geistig, mannigfaltig und doch eins ist, in den Formen seiner Erscheinung wechselt und doch in seinem Wesen beharrt, welches sonach als ein lebendiger Organismus erkannt und wissenschaftlich reproduziert werden will" (Wetzell, System S. 34).

Ein Buch, welches wie dasjenige des Herrn Verfassers diese Gesichtspunkte außer Augen läßt, kann als „Repetitorium des Reichscivilprozesses" von Nutzen sein, ein „Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes" ist es nicht.

Um die unwissenschaftliche Art des Herrn Verf. zu kennzeichnen, verweisen wir zunächst auf § 2 des Lehrbuches: „Überblick der geschichtlichen Entwickelung des Civilprozeßrechtes in Deutschland." Hier wird außer der in forma solita reproduzierten Geschichte der C.-Pr.-O. selbst, ein dürftiges Excerpt aus den Paragraphen 2 und 4 des Wetzell'schen Systemes zum Vortrag gebracht, deren Inhalt auf das unbarmherzigste zerpflückt wiedergegeben wird. Und wenn die Reproduktion nur wenigstens materiell eine getreue wäre!

— „Bis zur Rezeption der fremden Rechte gab es in Deutschland ein einheimisches Civilprozeßrecht, das wir vornehmlich aus den Leges barbarorum, den fränkischen Kapitularien, den Formelbüchern, und den Rechtsbüchern des

Mittelalters — — sowie den an die letzteren sich anschließenden praktischen Beschreibungen des Verfahrens vor Gericht (Richtsteig Land- und Lehnrechtes, Kautela und Pramis) kennen lernen." (S. 7.)

— „(Das) modifizierte römische Recht — fand in den deutschen Gerichten allmählich auf dem Wege der gewohnheitsrechtlichen Übung in seinen einzelnen Bestandteilen Eingang." (S. 8.)

— „Die Reichsgesetzgebung, welche seit dem Jahre 1495 in den Reichskammergerichtsordnungen das romanisch-germanische Prozeßrecht ausdrücklich für den Reichskammergerichtsprozeß sanktionierte." (S. 8.)

— „Mit der Zeit hat bald die Gesetzgebung in den Territorien den R.-K.-G.-Ordnungen subsidiäre Geltung für das Verfahren vor den Territorialgerichten verliehen, bald hat die Praxis dieser Gerichte den Reichskammergerichtsprozeß als Muster anerkannt". Gerade umgekehrt: die Gesetzgebung nahm ihn zum Muster und die Praxis verlieh ihm subsidiäre Geltung.

— „Aber erst mit dem Deputationsabschied von 1600 § 15 und dem J.-R.-A. § 137 wurde der R.-K.-G.-Prozeß als subsidiäre Norm für die Territorialgerichte direkt aufgestellt. Wetzell S. 5, 7, Not. 11."

Es ist dem Hrn. Verf. entgangen, daß sein Gewährsmann für diese unrichtige Darstellung schon in der zweiten Auflage des Systems in Folge der Ausführungen Briegleбs (Einl. in die Theorie der summ. Pr. S. 485) seine frühere Ansicht, daß der J.-R.-A. von sich aus den Normen des kammergerichtlichen Prozesses subsidiäre Geltung in den Territorien verliehen habe, ausdrücklich zurückgenommen hat. (Wetzell, 2. und 3. Aufl., Not. 10 zu § 2.)

— „Neben dem gemeinen Prozeß bestand noch lange in den Territorien des sächsischen Rechtes der sächsische, also germanische Prozeß fort" (mit demselben Namen hat Verf. zwei Seiten vorher den aus den leges Barbarorum u. s. w. zu erlernenden einheimischen Prozeß bezeichnet), der sich auf der

Grundlage der chursächsischen Prozeßordnung von 1622 ein solches Ansehen zu erhalten verstand, daß sich der J.=R.=A. in manchen Punkten ihm anschloß." So lehrt Verf. auf S. 9 und fügt hinzu, daß sich „seit dem J.=R.=A." „allmählich die sächsischen Juristen auf den gemeinschaftlichen (gemeinrechtlichen?) Boden stellten". Thatsächlich sahen die sächs. Juristen schon seit Anfang des 16. Jahrhunderts das römische Recht als die Grundlage des gegebenen Rechtszustandes an, und behandelten nur, von einer verständigen Gesetzgebung unterstützt, den fremden Prozeß mit einer Freiheit, welche vielen (einzelnen) einheimischen Instituten zu Gute kam. (Wetzell, III. Aufl. S. 22/23.) — Als Beispiele dafür, in welcher Weise das Wetzell'sche System benutzt worden ist, mögen folgende Stellen dienen:

Auf S. 23, 24 schreibt Wetzell: „(die sächsischen Juristen) wurden dadurch die Begründer einer Richtung, die bis ins 17. Jahrhundert in bestimmtem Gegensatz gegen die — mehr romanistische Richtung stand. Bleibenden Einfluß gewannen dort Chilian König und Benedikt Carpzow, hier Andreas Gaill und Jacob Mynsinger." Hellmann S. 9: „Hierdurch ergab sich ein schroffer Gegensatz zwischen den Anhängern der romanistischen und der germanistischen Schule (den Kameralisten und der sächsischen Schule), jene hauptsächlich durch Andreas Gaill und Joachim Mynsinger, diese durch Chilian König und Benedikt Carpzow vertreten." Überdies ist dieses Citat an eine verkehrte Stelle geraten; Verf. hat übersehen, daß Gaill und Mynsinger, deren Wirksamkeit er hinter den jüngsten R.=A. verlegt, bereits 1587 resp. 1588 gestorben waren. Wetzell S. 29: „Allerdings verloren bei dieser Gelegenheit auch die früheren Gegensätze (zwischen beiden Richtungen) ihre Schärfe; es bildete sich eine gemeine Meinung, welche zu einem so großen Teile auf dem Einfluß der sächsischen Juristen beruhte, daß" . . . Hellmann, S. 9 u. 10: „Mit diesem Rückgange der Wissenschaft verschwand aber auch die Schroffheit des Gegensatzes zwischen der kameralistischen und der sächsischen Richtung. Es entstand eine communis opinio —

wobei die sächsische Schule im Vorteile blieb. Wetzell, S. 22—30."

Alles was das Lehrbuch über die Entstehung und Entwickelung des Institutes der Rechtsmittelinstanzen giebt, ist Folgendes: „Über andere Bedeutungen von instantia siehe Wetzell a. a. O. Not. 2. Über den historischen Zusammenhang (!) vgl. Wetzell a. a. O. Not. 3 ff., Bayer a. a. O., deutsche Bundesakte art. XII. Speziell über Urteils-Schelte des deutschen Rechts: Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im M.-A. I S. 268 ff." (S. 69.)

Auf S. 187 bis S. 198 werden die bei der Rechtspflege beteiligten Personen behandelt: Richter, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Rechtsanwalt, Staatsanwalt. Bei allen diesen Instituten, deren geschichtliche Entwickelung doch von hervorragendem Interesse ist, erfahren wir in dieser Richtung nur, daß sich der G.-V. von den Gerichtsboten oder -Dienern des früheren Prozeßrechtes dadurch unterscheidet, daß letztere „nur auf richterliche Anordnung ihres Amtes walten durften, Wetzell, System S. 437 f.", und daß „die ganze Institution der Staatsanwaltschaft ein Produkt der französischen Rechtsentwickelung (ministière public) ist, welches allmählich in einer Reihe von deutschen Partikulargesetzen rezipiert wurde."

In ähnlicher Weise ist überall „der historische Zusammenhang" zur Darstellung gebracht. Man vgl. z. B. über Mündlichkeit und Schriftlichkeit S. 200, Gerichtskosten S. 215 ff., Verhandlungsmaxime S. 288, Offenkundigkeit S. 297.

S. 53 lesen wir: „Die reiche Litteratur des gem. C.-Pr.-R. vor der neuen Reichsgesetzgebung lassen wir ganz außer Betracht. Sie findet sich bis zum Jahre 1878 erschöpfend bei Wetzell, System § 3 mitgeteilt." Verfasser übersieht dabei, daß zwar das Titelblatt und die letzten beiden Bücher der 3. Auflage von Wetzell aus dem Jahre 1878 stammen, das erste Buch aber, und mit ihm § 3 cit., bereits im Jahre 1871 erschienen ist und die jüngsten dort berücksichtigten Erscheinungen dem Jahre 1868 angehören.

Referent hält sich für berechtigt, denjenigen, welche ein

gründliches wissenschaftliches Werk über deutschen Prozeß zu erwerben wünschen, von der Benutzung dieses Lehrbuches abzuraten und zu empfehlen, auf eine hoffentlich bald erscheinende Darstellung der Materie aus berufenerer Feder zu warten. Über die Zweckmäßigkeit des vom Verfasser gewählten Systems sowie über seine Darstellung des Reichscivilprozesses im Einzelnen möchte Referent sein Urteil bis zum Erscheinen weiterer Lieferungen aussetzen, zumal sich zahlreiche Hinweisungen auf Paragraphen des demnächst erst zu erwartenden Teiles des Werkes vorfinden, deren Ausführungen dem jetzt vorliegenden Texte vielleicht eine wesentliche Ergänzung zuführen werden.

Nur eine Ausführung des Verfassers soll hier Erwähnung finden, weil gegen sie eine sofortige Stellungnahme geboten erscheint. Nachdem Verf. hervorgehoben, daß es viele Gesetze gegeben habe, welche weniger der Volksüberzeugung als „den Zwecken und Leidenschaften der jeweils herrschenden Volksminorität" entsprochen hätten, giebt er (S. 21) seiner Meinung Ausdruck, daß, „wenn gleich kein gesetzlich anerkanntes Gewohnheitsrecht, so doch Sätze, welche den gleichen praktischen Effekt haben, wie Gewohnheitsrecht", auch in der Weise und insoweit entstehen können, als „die jeweils im Staate herrschende Klasse auch heutzutage auf dem Wege der unmittelbaren Anwendung das zur Geltung zu bringen vermag, was ihrem Willen und ihren Zwecken entspricht, sofern ihr die Mittel zur Durchsetzung zu Gebote stehen". Als Mittel, diesem herrschenden Willen die Geltendmachung zu sichern, komme heutzutage wesentlich die Praxis der Gerichte in Betracht. Verf. supponiert also, daß die „Minorität" in der Lage ist, die Gerichte ihren Zwecken dienstbar zu machen, und erhebt damit einen Vorwurf gegen den Richterstand, wie man ihn kaum aus den Reihen der Sozialdemokratie jemals in der Schärfe gehört hat. Hieran kann nichts ändern, daß Verf. begütigend sagt: man dürfe im Zweifel annehmen, daß solche Machtentfaltung bona fide erfolge, denn er fügt sofort hinzu, daß man doch zugeben müsse, daß auch bei mangelnder bona fides das gleiche Ergebnis erreicht werden könne.

C. Goesch.

---

**Dr. K. Schmidt**, Oberlandesgerichtsrat in Colmar i. E. **Der § 380 der deutschen Straf-Prozeß-Ordnung erläutert und beurteilt.** Mannheim, J. Bensheimer, 1885.

Die Straf-Prozeß-Ordnung hat in § 380 die Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte zwar gestattet, aber die Revision kann nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden, und nur zu Gunsten der in § 398 enthaltenen Verfahrensvorschriften ist eine Ausnahme gemacht; d. h. für den Fall, daß ein durch Revision angefochtenes Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen worden ist. Legt der Berufungsrichter seiner neuen Entscheidung nicht diejenige rechtliche Beurteilung zu Grunde, von welcher das Revisionsgericht bei Aufhebung des früheren Urteils ausgegangen ist, oder verhängt der Berufungsrichter entgegen den Vorschriften von § 398 in dem neuen Urteile eine härtere Strafe, als die in seinem früheren Urteile erkannte, so kann die Revision auch auf Verletzung dieser in § 398 enthaltenen Vorschriften über das Verfahren gestützt werden. Daß diese Bestimmungen des § 380 der Straf-Prozeß-Ordnung durchaus verfehlt sind, wird allgemein anerkannt und in dem Gesetzentwurf, welchen der Bundesrat in diesem Frühjahr zu beraten hatte, war die Aufhebung des § 380 beantragt worden. Der Verf. der angezeigten Schrift giebt zunächst die Entstehungsgeschichte des § 380 an, eine Kritik desselben, und untersucht sodann, welche Rechtsnormen als Rechtsnormen über das Verfahren zu betrachten sind. Jedoch stellt er prinzipielle Erörterungen über die schwierige Frage der Grenze des materiellen Rechts und des Rechts über das Verfahren nicht an, er begnügt sich vielmehr, die Rechtsnormen über das Verfahren, anf deren Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann, zusammen zu stellen. Der Wert der Schrift besteht darin, daß der Verf. die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in umfassendem Maße benutzt und selbst die ungedruckten Urteile zahlreicher Oberlandesgerichte zu seinem Werke verwertet

hat. Aus den Mitteilungen des Verf. ergiebt sich, daß die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte über die Zulässigkeit der Revision nach § 380 der St.-P.-O. an bedauerlichen Widersprüchen leidet und daß selbst die Entscheidungen eines und desselben Oberlandesgerichts in wichtigen Fragen sich widersprechen. Der Verf. schließt die kleine Schrift mit dem Nachweis, daß der Aufhebung des § 380 irgend welche Bedenken nicht im Wege stehen. Loening.

---

**Die Beeidigung der Zeugen im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Revision der Strafprozeßordnung von Dr. v. Schwarze, Kgl. sächs. General-Staatsanwalt zu Dresden. Berlin, 1885. Verlag von Franz Vahlen. Preis: 0,80 Mk.**

Diese nur 33 Seiten umfassende Schrift empfiehlt wesentlich auf Grund praktischer Erfahrungen den Nacheid der Zeugen, eine Vereinfachung der Eidesformel und einen Zusatz zu § 244 St.-P.-O. des Inhalts, daß von der Beeidigung eines Zeugen unter Einverständnis des Staatsanwalts und des Angeklagten abgesehen werden dürfe, wenn die Aussage als völlig unglaubwürdig oder der Zeuge als ein nichtwissender sich darstelle. Der Herr Verfasser spricht sich ferner aus für Aufrechthaltung der Regel, daß die Beeidigung der Zeugen erst in der Hauptverhandlung erfolge, hält aber dafür, daß die ausnahmsweise Beeidigung im Vorverfahren in weiterem Umfange gestattet werde und daß — was besonders beachtenswert erscheint — auch die unbeeidigte wahrheitswidrige Aussage mit krimineller Strafe bedroht werde. Wenn auch, wie der Verfasser in dem vom 25. März 1885 datierten Vorworte bemerkt, „die nachfolgenden Bemerkungen niedergeschrieben sind, ehe der dem Bundesrate gegenwärtig vorgelegte Entwurf zu einer Novelle der St.-P.-O., welche sich gleichfalls mit der Materie der Zeugenbeeidigung be-

schäftigt, bekannt geworden ist", so bieten dieselben dem Leser doch manche interessante Gesichtspunkte.

Blanck.

---

**Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und 26. Februar 1876. Mit dem Gesetz betreffend den Wucher vom 21. Mai 1880, sowie den sonstigen Abänderungen. Unter besonderer Berücksichtigung des Militär-Strafgesetzbuches sowie der preußischen Gesetze über Forstdiebstahl und Forst- und Feld-Polizei für den praktischen Gebrauch bearbeitet von Solms, Ober- u. Korps-Auditeur. Einundzwanzigste Gesamt-Auflage. Berlin, Fr. Kortkampf. Preis elegant kartonniert: 1,80 Mk.**

Die in diesem Buche dargebotene Bearbeitung des Strafgesetzbuches kann einen wissenschaftlichen Wert nicht beanspruchen. Dieselbe ist ein Separatabdruck aus dem in 2. Auflage erscheinenden größeren Werke des Herrn Verfassers „Strafrecht und Strafprozeß für Heer und Marine des deutschen Reiches", welches für untersuchungsführende Offiziere bestimmt ist. Die Separatausgabe soll das Buch auch denjenigen bürgerlichen Kreisen zugänglich machen, welche berufen sind, als Schöffen oder Geschworene an der Rechtspflege mitzuwirken. Dementsprechend sind auch die zu den einzelnen §§ des Strafgesetzbuches gegebenen kurzen Erläuterungen und Hinweise abgefaßt worden.

Blanck.

---

Aus dem nämlichen größeren Werke ist auch entnommen das uns vorliegende (preußische)

**Forstdiebstahlsgesetz vom 15. April 1878 und**

**Forst- und Feldpolizei-Gesetz vom 1. April 1880. Nebst Ausführungs-Verordnungen. Für den praktischen Gebrauch bearbeitet von Solms. Berlin, Kortkampf. VI u. 133 SS. Preis elegant kartonniert: 1,80 Mk.**

Die Erläuterungen sind klar, präzis und allgemein verständlich geschrieben. Ein sehr ausführliches Sachregister (S. 111—133) erhöht die Brauchbarkeit des Büchleins.

Birkmeyer.

---

**Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts. Von Dr. Adolf Stölzel. Mit 3 Abbildungen und einer Stammtafel. Berlin, Franz Vahlen, 1885. XX und 452 SS. Preis: 10 Mk.**

Gerne erfüllen wir der Verlagshandlung den uns geäußerten Wunsch, das vortreffliche Buch des durch seine „Entwickelung des gelehrten Richtertums" berühmten Verfassers den Lesern dieser Zeitschrift zu empfehlen. Der Großkanzler von Carmer und sein vortragender Rat Svarez sind es gewesen, welche die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung schufen und welchen Preußen sein geltendes Civilrecht verdankt. Die Hauptthätigkeit dabei fiel Svarez zu; sein ganzes Leben war ihr gewidmet. Ein großer Teil des Buches (S. 191—279; S. 320—403) beschäftigt sich denn auch mit dem großen Gesetzgebungswerk. So ist es in erster Linie für den Juristen von Interesse. Aber der geistreiche Verfasser hat es verstanden, auf Grund umfassender und tiefgehender Studien ein wirkliches „Zeitbild" zu schaffen, indem er mit feinem Verständnis und geschickter Hand nach allen Richtungen hin die Fäden verfolgte, welche Svarez' Leben und sein Gesetzeswerk mit den politischen, staatlichen, sozialen und kulturellen Fragen und Zuständen seiner Zeit ver-

binden. So giebt das Werk reichste Anregung nach allen Seiten hin, insbesondere auch zu so mancher unwillkürlich sich aufdrängenden Parallele mit unseren gegenwärtigen Zuständen. Mit größtem Interesse wird der Theologe lesen über die Streitigkeiten Friedrich des Großen mit der römischen Hierarchie (S. 110 ff., 133 ff.), über den Kampf Friedrich Wilhelm II. gegen die „Aufklärung", insbesondere durch das Religionsedikt von 1788 (S. 253 ff.), über die Ansichten betr. das Verhältnis zwischen Dogma und freier Schriftforschung in der lutherischen Kirche, wie sie Svarez dem nachmaligen König Friedrich Wilhelm III. als Kronprinzen vortrug (S. 290 ff.); der Politiker und der Staatsmann über die agrarischen Tendenzen Carmer's (S. 83 ff.), über Svarez' Ausführungen über Preßfreiheit und Censur (auf S. 294 ff., vgl. S. 264 ff.), über die ersten Anfänge eines konstitutionellen Staatsrechtes in Preußen, wie sie im Allgemeinen Gesetzbuch zu Tage getreten waren und den Anhängern des Prinzips der absoluten Monarchie die Handhabe zuerst zur Suspension desselben und dann zur Umwandlung in das Allgemeine Landrecht boten (S. 308 ff., S. 320 ff.); der Kulturhistoriker von den Wurzeln und der Entwickelung unseres heutigen Beamten- und Gelehrtenstandes (S. 8 ff.), von den mannigfachen Notizen und Beiträgen zur Geschichte der Universitäten (S. 28 Not. 4 und insbes. S. 59 ff.), von dem Arnold'schen Prozeß unter Friedrich dem Großen, und dem Schulz'schen Prozeß unter Friedrich Wilhelm II. (S. 327 ff., cf. S. 316 ff.); der Philologe über die geschichtliche Entwickelung und die Einrichtung der höheren Schulen Schlesiens in der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts (S. 45 ff.), sowie über die Reform des dortigen Schulwesens im Jahre 1774 (S. 116), über die Entstehung unserer Familiennamen (S. 11 ff.), wo den Verfasser seine Studien zu dem interessanten Ergebnis führen, daß Svarez nicht von spanischer Abstammung, wie man in seiner Familie selbst glaubte, sondern ein Abkömmling der nämlichen pommerschen Familie Schwarz gewesen sei, welcher auch der sächsische Generalstaatsanwalt a. D., jetzige Wirkliche Geheime Rat von Schwarze entstammt.

Und dies Alles gruppiert sich in äußerst gewandter und oft geradezu spannender Darstellung um eine Persönlichkeit, die auch an sich etwas außerordentlich Fesselndes hat. Er ist der Typus eines in seiner Pflichterfüllung unermüdlichen preußischen Beamten von einer geradezu staunenswerten Arbeitskraft und durchdringendstem Verstand. Bewundernswürdig ist die Elastizität seines Geistes, mit welcher es ihm leicht wird, den allerverschiedenartigsten Aufgaben sich gewachsen zu zeigen. Großartig ist die Energie und Ausdauer, mit welcher er einen einmal für richtig erkannten Weg alle Hindernisse besiegend verfolgt. Achtung gebietend ist die philosophische Höhe und Freiheit seiner Anschauungen in allen Dingen. Geradezu erquickend aber ist die Männlichkeit seines Charakters, wie sie uns insbesondere aus den dem Kronprinzen gehaltenen Vorträgen entgegentritt. Mit welch köstlichem Freimut trägt er dem Erben des preußischen Thrones die, wie er selbst sich ausdrückt, „dreisten Wahrheiten" über Preßfreiheit und Censur (S. 294 ff.), über das Verhältnis des Regenten zu seinem Volk (S. 303 ff.), über die Pflicht des Regenten zur Einschränkung der Staatsausgaben und über die Verwerflichkeit der „Machtsprüche" (Kabinetsjustiz) vor! Und mit welcher süperber Duldsamkeit und Geistesgröße, müssen wir hinzufügen, nimmt sie der Prinz entgegen und bewahrt dem kühnen Manne eine Hochachtung und Dankbarkeit, welche sich in rührender Weise noch in der dem „besonders lieben Getreuen" auf das Sterbebett gesandten Ordre (S. 434 ff.) wiederspiegelt.

Doch es ist unmöglich, all das interessante und anregende Detail, welches das Buch in sich birgt, auch nur anzudeuten. Möchten möglichst viele unserer Leser es sich selbst aufsuchen; sie werden uns dann sicher auch es nachsehen, daß wir in diesem Falle eine Ausnahme von unserer Regel gemacht haben, in dieser Zeitschrift nur der juristischen Praxis und Wissenschaft unmittelbar dienende Werke anzuzeigen.

Noch halten wir uns schließlich verpflichtet, auszusprechen, daß die Verlagsbuchhandlung das Buch offenbar mit besonderer

und wohlverdienter Liebe und Sorgfalt ganz vortrefflich ausgestattet hat. Birkmeyer.

---

Der Besprechung im Schlußheft dieses Bandes haben wir vorbehalten zwei Kommentare zur Reichskonkursordnung:

**v. Wilmowski**, **Deutsche Reichskonkursordnung erläutert.** 3. Aufl. Berlin, Franz Vahlen, 1885. 571 SS. Preis: in Halbfranz geb. 12 Mk., und

**Willenbücher**, **Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze mit Erläuterungen.** Berlin, H. W. Müller, 1885. XVI u. 330 SS. Preis: kart. 6 Mk.

Ferner wird im nächsten Hefte besprochen werden der nunmehr mit der 13. Lieferung vollendete Kommentar zum D. Handels-G.-B. von Hahn.

Außerdem liegen uns vor:

**Olshausen**, **Kommentar zum R.-St.-G.-B.** 2. Aufl., bis jetzt 2 Lieferungen, reichend bis zum § 84.

**Jäckel**, **Die Zwangsvollstreckung in Immobilien.** 2. Aufl., bis jetzt 2 Lieferungen, reichend bis zu § 55 des Subhastationsgesetzes vom 13. Juli 1883.

**Hellmann**, **Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes.** Zweite Abteilung, S. 353—800 (bricht mit den ersten Seiten über die Zwangsvollstreckung ab). Preis: 7 Mk.

Redaktion.

# Entscheidungen der Civilsenate des Oberlandesgerichts.

.............

## 1. Bedingte Anschlußberufung. Wu. 38/1883.

In dem Verhandlungstermine vor dem Berufungsgerichte erklärte der Berufungsbeklagte, daß er sich der vom Gegner eingelegten Berufung auf Grund eines von ihm verlesenen Antrages zwar unbedingt anschließe, jedoch seine Anschlußberufung für den Fall, daß das gegnerische Rechtsmittel unbegründet befunden werden sollte, zurückgenommen haben wolle, da unter diesen Umständen sein Interesse genügend gewahrt erscheine.

Das die Berufung als unbegründet zurückweisende Urteil vom 27. Februar 1884 verwarf die Anschlußberufung als unzulässig.

### Gründe.

Beklagter will nach seiner ausdrücklichen Erklärung die Anschlußberufung nur dann durchgeführt wissen, wenn die Berufung des Klägers nicht als unbegründet zurückgewiesen wird. Darnach erscheint dieselbe als nur bedingt eingelegt, und muß dies auch trotz der Erklärung des Beklagten, daß er sie unbedingt eingelegt, aber für den Fall der Zurückweisung der jenseitigen Berufung zurückgenommen haben wolle, gelten, da die Erklärung als einheitliche aufzufassen ist, und es sich gleich bleiben muß, ob die Einlegung suspensiv bedingt erfolgt oder resolutiv bedingt zurückgenommen wird. Dies schon deshalb, weil eine einseitige Zurücknahme auch der Anschlußberufung gleichwie der Berufung nach erfolgter Verhandlung über dieselbe in Beihalt des § 476 C.=Pr.=O. nicht gestattet erscheint, bzw. weil eine Nichtberücksichtigung der verhandelten Anschlußberufung in dem zu erlassenden Urteile unzulässig ist, indem alsdann eine Nachprüfung der Sache in ihrem gesamten Umfange in der höheren

Instanz unmöglich sein würde, und weil endlich sonst eine bedingte Rechtsmitteleinlegung durch unbedingte Einlegung, verbunden mit bedingter Rücknahme derselben, stets ermöglicht würde. Dies als richtig vorausgesetzt, stände somit zur Frage, ob eine bedingte Einlegung der Anschlußberufung gestattet erscheint, diese Frage aber wird — falls man die Vorschriften über die Berufung auf die Anschlußberufung anwenden will, was man beim Mangel anderweitiger Bestimmungen über die Letztere muß — verneint werden müssen. Denn der Kläger, und somit auch der Berufungskläger, muß wissen und bestimmt wie unbedingt angeben, was er verlangt, er kann von seinem Gegner nicht begehren, daß derselbe auf die Gefahr hin, den Rechtsgang durch eine Bedingung rückgängig gemacht zu sehen, die Mühen und Kosten eines Prozeßganges auf sich nimmt. Nicht wie bei Rechtsgeschäften kann auch das Prozeßverfahren von dem Eintreten eines demnächstigen Ereignisses durch den Willen des Klägers bzw. Berufungsklägers abhängig gemacht werden; um dies zuzulassen, würde es einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedürfen; diese fehlt nicht nur, sondern es weisen die beschränkenden Bestimmungen über die Zurücknahme einer Klage bezw. einer Berufung, die sonst illusorisch gemacht werden könnten, auf das Gegenteil. Und diese Gründe würden, selbst wenn man die Vorschriften über die Berufung auf die Anschlußberufung analog nicht sollte anwenden dürfen, auch hinsichtlich dieser eine bedingte Einlegung als unzulässig erscheinen lassen müssen.

---

## 2. **Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Notfrist.** Ma. 26/1883.

In diesem Rechtsstreite hatte der Berufungskläger eine von seinem Prozeßbevollmächtigten beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift, in welche jedoch die Terminsbestimmung versehentlich nicht aufgenommen war, rechtzeitig, und sodann nach Entdeckung dieses Versehens eine zweite, vervollständigte Abschrift, jedoch erst nach Ablauf der Notfrist, dem Prozeßgegner

zustellen lassen. Der Berufungsbeklagte rügte diesen Verstoß sofort vor der Verhandlung zur Hauptsache.

Durch Urteil vom 5. März 1884 wurde die Berufung, unter Ablehnung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist, als unzulässig verworfen.

## Gründe.

Die Ladung der Gegenpartei im civilprozessualischen Verfahren erfolgt seitens der ladenden Partei mittels Zustellung der Abschrift eines die Ladung enthaltenden Schriftsatzes, auf welcher Abschrift sich die Bezeichnung der Zeit, also des Tages bzw. der Stunde, zu welcher der Gegner vor Gericht erscheinen soll, befindet; es genügt eine generelle Ladung ohne Zeitangabe in Betreff des Termins nicht, wie sich aus den §§ 191, 193 und 156 Abs. 2 C.-Pr.-O., und namentlich aus dem § 188 daselbst ergiebt, nach welcher letzteren Bestimmung bei einer öffentlichen Bekanntmachung einer Zustellung, falls in derselben eine Ladung enthalten ist, selbst in dem Auszuge des Schriftsatzes in den öffentlichen Blättern die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden muß, — vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. IX nr. 113 S. 388. Enthielt nun, wie unter den Parteien unbestritten feststeht, die den Beklagten von der Klägerin während der Berufungsfrist zugestellte Abschrift des Berufungsschriftsatzes eine Bestimmung über die Zeit, zu welcher die Beklagten geladen werden sollten, nicht, so ist die Vorschrift des § 479 Abs. 2 Ziff. 3 C.-Pr.-O. verletzt, und erscheint somit, da die Beklagten diesen Mangel in der Verhandlung sofort gerügt haben, die eingelegte Berufung als unzulässig.

Die von der Klägerin zur Vermeidung dieses Resultats eventuell beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Notfrist, konnte, obwohl sie nach § 214 Abs. 3 C.-Pr.-O. form- und fristgerecht nachgesucht worden, Beachtung nicht finden. Denn, wie die Beklagten richtig hervorgehoben haben, lag es, da es sich um einen Anwaltsprozeß handelt, dem Rechtsanwalt der Klägerin ob, die auf sein Betreiben den Beklagten zuzustellende Abschrift des Berufungsschriftsatzes in vollständigem Inhalte, also mit der Terminsnote, beglaubigt dem

Gerichtsvollzieher zwecks Zustellung zu behändigen. Geschah dies nicht, so verletzte der Gerichtsvollzieher die ihm amtlich obliegenden Pflichten dadurch nicht, daß er die behändigte Abschrift ohne Vervollständigung zustellte. Und dies wird auch dadurch nicht geändert, daß er namens des Rechtsanwalts der Klägerin zur zuvorigen Vervollständigung der Abschrift aufgefordert ist und dieser Aufforderung nachzukommen unterlassen hat, denn insoweit kann er nur als mittelbarer gewillkürter Stellvertreter der Klägerin, dessen Versäumung als eine unverschuldete nach § 210 Abs. 2 C.-Pr.-O. nicht gelten soll, angesehen werden. Dies ergiebt sich aus § 156 Abs. 2 bzw. § 155 Abs. 1 C.-Pr.-O., deren Bestimmungen durch die Landesgesetzgebung nicht abgeändert werden können, auch nicht durch den § 22 der einheimischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher, der nur unverbindlich eine Beseitigung von Versäumungen herbeizuführen anstrebt, abgeändert werden sollte. Übrigens soll der § 213 C.-Pr.-O., auf den die Klägerin sich allein für ihren Antrag auf Wiedereinsetzung berufen hat, nur Schutz gegen verspätete Ausführung einer Zustellung seitens des Gerichtsvollziehers gewähren; um eine von demselben verschuldete Verspätung der am 24. Dezember 1883 aufgetragenen Zustellung handelt es sich hier aber nicht, sondern um eine von dem Vertreter der Klägerin verschuldete Unvollständigkeit der rechtzeitig zugestellten Abschrift.

Darnach kann denn der Klägerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Notfrist nicht gewährt werden, und mußte deshalb die Berufung — unter Zurückweisung des unbegründeten Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Notfrist für Einlegung der Berufung — als prozessualisch unzulässig verworfen werden, bei gleichzeitiger Verurteilung der Klägerin in die Kosten nach den §§ 92 Abs. 1 und 216 Abs. 3 C.-Pr.-O.

---

### 3. Actio judicati. Umfang einer auf Unvordenklichkeit beruhenden Servitut. Si. 87/1883.

Im Jahre 1881 hatte die Schuhmacherfrau S. in G. den Schmiedemeister S. daselbst verklagt, weil er die, einen bestimmt abgegrenzten Streifen ihres Hofplatzes bildende Abfahrt als Durchfahrt von seinem Hofe nach der Mühlenstraße benutze, auch seinen Wagen dort unterbringe und die Abfahrt als Lagerplatz für seinen Dung benutze, wogegen der Beklagte eine Widerklage dahin erhob, daß die Klägerin die seinem Grundstück zustehende Überfahrtsgerechtigkeit auf ihr Grundstück zur II. Rubrik des Stadtbuchs eintragen lasse. Der Beklagte wurde erstinstanzlich verurteilt bei einer Strafe von 100 Mk. für jeden Kontraventionsfall sich jeglicher Eingriffe in das klägerische Eigentum an dem Grundstücke und der dazu gehörigen Abfahrt nach der Mühlenstraße, insbesondere der Benutzung der Abfahrt als Überfahrt von seinem Hofe nach der Mühlenstraße, sowie zur Unterbringung von Wagen, Dung und dergleichen zu enthalten, mit der erhobenen Widerklage dagegen zurückgewiesen. Auf eingelegte Berufung erreichte der Beklagte und Widerkläger jedoch durch Urteil des Oberlandesgerichts Civilsenat I vom 8. Dezbr. 1881 eine teilweise Reformatoria dahin, daß das erwähnte Urteil, soweit es dem Beklagten die Benutzung der Abfahrt zur Überfahrt von seinem Hofe nach der Mühlenstraße verbietet, aufgehoben und die Klägerin als Widerbeklagte verurteilt ward, die Überfahrtsgerechtigkeit über ihr Grundstück zur II. Rubrik für das Grundstück des Beklagten zu Stadtbuch eintragen zu lassen. „Im Übrigen" — heißt es weiter in dem Berufungsurteil — „verbleibt es bei der Bestimmung, daß der Beklagte bei Strafe von 100 Mk. für jeden Übertretungsfall sich sonstiger Eingriffe in das klägerische Eigentum an dem Grundstück zu enthalten hat."

Auf Grund dieses rechtskräftig gewordenen Berufungsurteils ist sodann die Überfahrtsgerechtigkeit über das Grundstück der Klägerin zur II. Rubrik desselben zu Gunsten des Grundstücks des Beklagten zu Stadtbuch eingetragen.

Mittels einer zweiten Klage machte die Klägerin demnächst gegen den Beklagten geltend:

1. Daß er den $1/2$ Fuß tief eingegrabenen Anschlagspfosten des Thorweges, welcher die mehrgedachte Abfahrt gegen die Mühlenstraße abgeschlossen, — während in früheren Zeiten die Auffahrt an der Grenze zwischen den beiderseitigen Höfen durch einen Thorweg abgeschlossen gewesen ist — ausgegraben und das dadurch entstandene Loch mit Schlacken ausgefüllt habe;

2. daß er, welcher das Schmiedehandwerk und daneben einen Kalkhandel betreibe, das Überführen der Pferde zum Beschlagen, sowie das Bringen und Abholen von Kalk durch Fuhrwerk wie zu Fuß über die Abfahrt gestatte,

und beantragte die Klägerin, den Beklagten

ad 1 in eine Strafe von 100 Mk. zu verurteilen, und

ad 2 ihm bei einer Strafe von weiteren 100 Mk. — richterliche Bestimmung vorbehalten — aufzugeben, sich jeder weiteren Überschreitung seines

ihm zustehenden Überfahrtsrechts namentlich dahin zu enthalten, daß er dritten, mit ihm in geschäftlicher Verbindung stehenden Personen das Überfahren oder Durchfahren der Durchfahrt gestatte; wogegen der Beklagte die Abweisung dieser Klage beantragte.

Die Klage wurde abgewiesen und die von der Klägerin dagegen eingelegte Berufung durch Urteil vom 11. Februar 1884 für unbegründet erklärt.

## Gründe.

1. Soweit die Klägerin auf Grund des rechtskräftigen Urteils des Oberlandesgerichts vom 8. Dezember 1881 in Sachen der jetzigen Parteien wegen Eigentumsverletzung — wodurch dem Beklagten aufgegeben worden ist, bei Strafe von 100 Mk. für jeden Übertretungsfall sich sonstiger Eingriffe, d. h. anderer als der durch Ausübung der dem Beklagten zustehenden Überfahrtsgerechtigkeit über das gedachte klägerische Grundstück begründeten, in das klägerische Eigentum an dem Grundstück Nr. 105 zu G. zu enthalten — mittels der actio judicati die Verurteilung des Beklagten in eine Strafe von 100 Mk. beantragt hat, ist die Klage von dem vorigen Richter mit Recht für unzulässig erklärt worden. Es ist bestritten, ob nach dem gemeinen Recht die actio judicati als völlig antiquiert oder ob und eventualiter in welchen Fällen sie zur Realisierung eines rechtskräftig zuerkannten Anspruches als zulässig, bzw. notwendig anzusehen sei, dagegen besteht darüber kaum eine Meinungsverschiedenheit, daß die beiden Rechtsbehelfe, welche die gemeinrechtliche Theorie zum Zwecke der gedachten Realisierung kennt, nämlich die Judikatsklage und der Exekutionsantrag, durchaus gleich zu behandeln seien, wenn sie vor denselben Gerichten geltend gemacht werden, welche das zu realisierende Urteil gefällt haben, vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl. § 73 im Eingange. Nachdem nun die Reichscivilprozeßordnung für diejenigen Fälle, in denen die Anstellung einer selbständigen Judikatsklage, wenn auch nicht unbestritten und allgemein für zulässig, bzw. notwendig gehalten wurde, nämlich wenn es sich um die Realisierung des Urteils eines ausländischen Gerichts oder eines Schiedsspruches handelt, in den §§ 660 und 868 ein bestimmtes, die Zwecke der actio judicati erfüllendes und näher geordnetes Verfahren vorgeschrieben hat, kann mit Sicherheit angenommen

werden, daß in anderen Fällen, namentlich in dem hier vorliegenden Falle des § 775, dessen Vorschrift durch die dem Prozeßgerichte erster Instanz beigelegte Befugnis, in der Vollstreckungsinstanz wegen einer jeden Zuwiderhandlung die in dem Urteil angedrohte Strafe zu verhängen, das praktische Bedürfnis vollständig deckt, nach der Absicht des Gesetzes eine besondere actio judicati nicht statthaft ist. Vernotwendigt sich deshalb schon aus diesem formellen Grunde die Abweisung der beregten Klage, bzw. die Bestätigung des vorigen damit übereinstimmenden Urteils, so war nicht auf die Untersuchung einzugehen, ob in der seitens der Klägerin dem Beklagten vorgeworfenen Handlung ein mit Strafe bedrohter Eingriff in das klägerische Eigentum im Sinne des Urteils vom 8. Dezember 1881 zu finden ist.

2. Was sodann die Klage wegen der dem Beklagten vorgeworfenen Überschreitungen der im Allgemeinen nicht bestrittenen Überfahrtsgerechtigkeit anbetrifft, so ist der Einwand des Beklagten, daß die Klägerin auf die einzelnen in der vorigen Instanz hervorgehobenen vermeintlichen Übertretungsarten und Fälle beschränkt sei und daß die Heranziehung anderer Arten und Fälle eine unzulässige Klageänderung bzw. Klageerweiterung enthalte, unbegründet, da der Klagegrund ungeachtet solcher neuen Thatsachen nicht geändert wird, cf. § 240 der C.-Pr.-O. sub 1. Dagegen ist auch diese Klage von dem vorigen Richter mit Recht zurückgewiesen.

Soweit die Klägerin eine Überschreitung der Durchfahrtsgerechtigkeit darin findet, daß der Beklagte seine Kühe über die Durchfahrt treibt oder treiben läßt, ist die Hinfälligkeit der Klage nicht wohl zu bezweifeln. Die Durchfahrtsgerechtigkeit beruht im vorliegenden Falle auf immemorialer Verjährung und ist als auf solcher beruhend durch das in der früheren Prozeßsache der Parteien ergangene Urteil des Oberlandesgerichts vom 8. Dezember 1881 unbeschränkt anerkannt und demnächst ebenso unbeschränkt zur II. Rubrik des dienenden Grundstücks zu Stadtbuch eingetragen. Beruht eine Servitut auf immemorialer Verjährung, und wird sie als solche anerkannt, so ist damit ausgesprochen, daß sie durch irgend einen in unvordenklicher Zeit

liegenden, nicht nachgewiesenen und nicht nachweisbaren rechtlichen Vorgang begründet worden sei und zu Recht bestehe. Ebenso ist, wenn es sich um den Erwerb von Servituten, sei es auf Grund immemorialer Verjährung, sei es durch ordentliche oder außerordentliche Ersitzung handelt, von dem Grundsatz: „tantum praescriptum quantum possessum" nur mit Vorsicht Gebrauch zu machen, und kann derselbe namentlich nicht dahin führen, daß die Servitut nur gerade und genau in der dargethanen Art und Weise erworben sei, vielmehr muß auch der andere Grundsatz Anwendung finden, daß mit dem bewiesenen majus auch das darin begrifflich enthaltene, aber vielleicht gar nicht ausgeübte minus bewiesen sei. Hiernach ist gegen die fragliche Gerechtigkeit des Viehübertriebes nicht geltend zu machen, daß diejenigen, welche das herrschende Grundstück im Laufe des gegenwärtigen Jahrhunderts vor dem Beklagten besessen haben, der Behauptung der Klägerin zufolge niemals Vieh gehalten haben, auch nicht der Schuster H., wie der in dem früheren Prozesse als Zeuge vernommene Schneider B. angegeben hat. Abgesehen davon, daß für den Beweis des immemorialen Besitzes auch die weiter zurückliegende Zeit in Betracht kommen würde, und daß die Besitzer des herrschenden Grundstücks im vorigen Jahrhundert Vieh gehalten haben und somit in der Lage gewesen sein könnten, die Durchfahrt auch zum Treiben des Viehs zu benutzen, ist jedoch entscheidend, daß die Überfahrtsgerechtigkeit des beklagtischen Grundstücks in dem früheren Rechtsstreite unbeschränkt anerkannt und ebenso unbeschränkt eingetragen worden ist, in der Überfahrtsgerechtigkeit an sich die Gerechtsame des Viehübertriebes liegt und zu einer Beschränkung der in ersterer begrifflich enthaltenen Befugnisse, namentlich zu einer Ausscheidung der letzteren Gerechtsame umsoweniger eine Veranlassung gegeben ist, als jedenfalls seit der Bebauung des dienenden klägerischen Grundstücks — welches früher als wüster Platz dagelegen hat — mit einem Hause ein bestimmter Terrainstreifen zur Ausübung der Gerechtigkeit gedient hat, und als der Beklagte jedenfalls schon zur Zeit des oferwähnten früheren Rechtsstreits Vieh gehalten und über die Auf- und Abfahrt getrieben hat, die Klägerin also

speziell veranlaßt gewesen wäre, eine Beschränkung der gedachten Art in dem früheren Prozesse geltend zu machen.

3. Nicht so unbedenklich ist, ob der Beklagte, welcher das Schmiedehandwerk ausübt und daneben seit einigen Jahren einen Kalkhandel betreibt, berechtigt ist, die Durchfahrt nicht bloß für wirthschaftliche Zwecke, sondern auch für seine gewerblichen und geschäftlichen Angelegenheiten zu benutzen, resp. dritten Personen, welche ihn in solchen Angelegenheiten aufsuchen, die Benutzung der Durchfahrt mit Pferden und Fuhrwerken zu gestatten. Freilich ist es nicht richtig, daß, wie der Beklagte behauptet, das mehrberegte Urteil vom 8. Dezember 1881 die Überfahrtsgerechtigkeit nur für Wirtschaftsbedürfnisse anerkannt habe, und besagt insbesondere der dafür geltend gemachte Passus der Entscheidungsgründe: „Es ist dann aber auch die Annahme gerechtfertigt, daß die Überfahrt für die Anfuhr der jährlich wiederkehrenden Wirtschaftsbedürfnisse jährlich benutzt sei," nur aus dem Gesichtspunkte des für den Beweis der immemorialen Verjährung zu fordernden Beweises einer seit Menschengedenken erfolgten Besitzesausübung, daß um der jährlich wesentlich gleichmäßig wiederkehrenden Wirtschaftsbedürfnisse willen eine ebenso oft sich wiederholende Benutzung der Überfahrt zur Befriedigung dieser Bedürfnisse anzunehmen sei, spricht aber nichts über den Inhalt und Umfang der streitigen Durchfahrtsgerechtigkeit, am wenigsten eine Beschränkung der von der Klägerin behaupteten Art aus.

Gleichwohl bleibt das Bedenken, ob es dem Begriffe einer römisch-rechtlichen Grundgerechtigkeit nicht widerstreitet, wenn sie aus den erwähnten Veranlassungen und zu den erwähnten Zwecken ausgeübt wird. Indessen — wenn es auch richtig ist, daß Servituten zur Befriedigung lediglich persönlicher Interessen des zeitweiligen Inhabers des herrschenden Grundstücks nicht konstituiert, bzw. ausgeübt werden dürfen, sondern daß dadurch das Bedürfnis des Grundstücks, d. h. seines Eigentümers als solchen befriedigt werden soll und muß, und weiter, daß es von den wechselnden Lebensverhältnissen der aufeinander folgenden Bewohner eines Grundstücks abhängt, ob überhaupt und in welchem

Umfange eine Wegegerechtigkeit zu gewerblichen und geschäftlichen Zwecken ausgeübt wird, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß ungeachtet dieses nicht gleichmäßigen Interesses der verschiedenen Eigentümer und unabhängig von demselben, doch durch die Ausstattung eines Grundstücks mit einer Wegeverbindung, bzw. durch deren unbeschränkte Benutzbarkeit seitens seiner Eigentümer dem Grundstücke selbst, für welches das Bedürfnis einer solchen Verbindung besteht, bleibend gedient und genutzt wird, und wird man bei städtischen Grundstücken, welche im Allgemeinen dazu bestimmt sind, daß ein bürgerliches Gewerbe in ihnen betrieben wird, anzunehmen haben, daß eine konstituierte oder, wie hier, auf Grund unvordenklicher Verjährung als bestehend anerkannte Wegegerechtsame den jedesmaligen Eigentümer regelmäßig und in Ermangelung besonderer, für das Gegenteil sprechender, aber hier nicht vorliegender Gründe berechtigt, dieselbe nicht blos für seinen Haus-, sondern auch für seinen Geschäftsbedarf auszuüben. Von derselben Anschauung geht auch das im Seuffert'schen Archiv Bd. 33 nr. 290 abgedruckte Erkenntnis des vormaligen O.-A.-Gerichts zu Lübeck vom 27. März 1877 aus, auf dessen Ausführungen hier Bezug genommen wird. Ist hiernach die Berechtigung des Beklagten anzuerkennen, die Durchfahrtsgerechtigkeit auch in seinem geschäftlichen Interesse zu benutzen, so kann dann auch die Berechtigung dritter Personen, welche den Beklagten aus geschäftlicher Veranlassung aufsuchen, zu einer gleichen Benutzung, bzw. die Befugnis des Beklagten, derartigen dritten Personen solche Benutzung zu gestatten, nicht wohl bezweifelt werden, cf. l. 1. § 7, l. 3 § 4 D. de intinere actuque privato (43, 19).

---

### 4. Bedeutung der hypothekarischen Klausel in einem Wechsel für das unterliegende Darlehen. Du. 17/1883.

Gegenüber der angestellten actio hypothecaria hatte sich der Beklagte

darauf berufen, daß die ihm cedierten Pfandrechte älter seien als das durch die Klägerin geltend gemachte vom 5. Juli 1878. Unbestritten ist, daß der Cedent des Beklagten, der Vorschuß-Verein zu F., dem Pfandschuldner bis zum 22. Mai 1878 mehrfach Geld gegen hypothekarische Wechsel gegeben, sowie daß diese Wechsel mehrfach erneuert worden sind, und zwar nach der Zeit der Entstehung des klägerischen Pfandrechts, ohne daß hierbei der Erhaltung der beim Empfang der einzelnen Geldbeträge begründeten Pfandrechte gedacht worden ist.

Durch erstinstanzliches Erkenntnis wurde die Klage abgewiesen, weil dem Beklagten ein besseres Pfandrecht an den Pfandobjekten zustehe. Die dagegen eingelegte Berufung wurde durch Urteil vom 30. Januar 1884 zurückgewiesen.

## Gründe.

Die erste zu beantwortende Frage ist die, ob bei Hingabe der Gelder nur Verbindlichkeiten aus dem Wechsel oder auch solche aus Darlehen entstanden sind. Auszugehen ist davon, daß diese Gestaltung des Rechtsverhältnisses von dem Willen der Kontrahenten abhängt. Derselbe kann sich darauf richten, daß die gesamte Rechtswirkung der Hingabe des Geldes und des Vertragsschlusses sich in der Entstehung der Wechselobligation erschöpft. Dies wird auch ohne besondere Verabredung der Beteiligten unter Umständen schon ohne Weiteres aus deren Persönlichkeit, aus der Art ihres Geschäftsbetriebes wie aus sonstigen Momenten gefolgert werden können. Wo der Betrieb des Geldgebers im Discontieren von Wechseln besteht, da ist seine Intention regelmäßig ausschließlich auf den Erwerb eines Wertpapiers, auf den Kauf des Wechsels gerichtet. Fehlen aber besondere Anhaltspunkte für eine solche Intention der Beteiligten, so kann nur angenommen werden, daß neben dem Wechsel auch ein Darlehn zur Entstehung gelangt. Denn die Thatsache des Gebens und Nehmens des Geldes, verbunden mit der Absicht demnächstiger Zurückzahlung enthält alle Voraussetzungen der Darlehnsobligation, es bedürfte mithin eines entgegenstehenden Willens der Parteien, um die aus jener Thatsache an sich folgende Rechtswirkung der Entstehung der Darlehnsobligation auszuschließen. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch mit dem in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts Band II S. 367 und des Reichsgerichtes Band 4 S. 10 und Band 7

S. 47 der von den Mitgliedern herausgegebenen Sammlung wiederholt anerkannten Satzes, daß der Wechselbürge nicht daneben noch aus einer civilrechtlichen Bürgschaft in Anspruch genommen werden könne. Denn in dem letzteren Falle handelt es sich darum, ob im Zweifel angenommen werden kann, daß der Wechselbürge eine über die Wechselbürgschaft hinausgehende Verbindlichkeit hat übernehmen wollen, in dem hier vorliegenden Falle hingegen darum, ob die Rechtswirkung der thatsächlich vorhandenen Voraussetzungen der Entstehung der Darlehnsobligation als durch den Willen der Parteien ausgeschlossen angesehen werden darf. Auch die von der Klägerin in jetziger Instanz versuchte Heranziehung der Normen des römischen Rechtes über das Verhältnis der Stipulation zu ihrem unterliegenden Rechtsverhältnisse führen zu keinem andern Resultat. Allerdings ist im klassischen römischen Recht wiederholt ausgesprochen, daß, wenn Stipulation und Geldzahlung gleichzeitig stattfanden, nur die Formalobligation zur Entstehung komme.

L. 6 § 1, l. 7 D. de nov. (46, 2), l. 126 § 2 D. de V. O. (45, 1).

Allein schon im klassischen Recht findet sich in l. 52 § 3 D. de O et A: Re et verbis pariter obligamus, quum et res interrogationi intercedit — eine entgegengesetzte Andeutung, und für das Recht Justinians wird es gegenüber der l. 8 C. de nov. (8, 42), welche unmittelbar freilich nur auf den Fall sich bezieht, wo die Stipulation auf eine bereits bestehende Obligation trifft, vollends bedenklich, ob die absorbierende Kraft der Stipulation aufrecht erhalten ist. Wie dem aber auch sei, so kann jedenfalls für das heutige Recht die entscheidende Rücksicht auf den Willen der Kontrahenten nicht durch Rechtssätze beschränkt werden, welche wesentlich auf dem Formalcharakter der römischen Stipulation beruhten.

Der vorliegende Fall bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß der unbestritten geschehenen Geldzahlung ihre regelmäßige Funktion der Erzeugung der Realobligation versagt sein sollte. Vielmehr ist es unbestreitbar gerade der Zweck und die Aufgabe der Vorschußvereine, unter den statutenmäßigen Voraussetzungen Vor-

schüsse, d. i. Darlehen, zu gewähren. Auf die Kenntnis der Statuten im Einzelnen kommt es für diese Frage nicht an.

Aus diesen Gründen wird mit dem ersten Urteil angenommen, daß neben der Obligation aus den vom Pfandschuldner unterschriebenen Wechseln jedesmal auch eine solche aus Darlehen entstand.

Die einzelnen Wechsel enthielten unbestritten die hypothekarische Klausel. Es fragt sich, ob die damit für die Wechselforderung begründeten Pfandrechte sich auch auf die Forderung aus dem Darlehen bezogen. Das römische Recht läßt in zahlreichen Entscheidungen den Grundsatz erkennen, daß das Pfand nicht notwendig nur für die Forderung des Gläubigers in ihrer ursprünglichen, sondern auch in veränderter Gestalt, weiter, daß dasselbe nicht nur für die ausdrücklich genannte, sondern auch für andere Forderungen haftet, welche zu jener in einer gewissen nahen Beziehung, z. B. als Nebenforderung, stehen.

L. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7; l. 6 C. de pign. 8, 14; l. 18, 20 D. qui pot. 20, 4. cf. auch l. 56 § 2 D. de fidej. 46, 1.

Auch hier entscheidet der nicht bloß aus ausdrücklicher Erklärung, sondern auch aus der ganzen Sachlage zu entnehmende Wille der Kontrahenten. Im vorliegenden Falle ist entscheidend für die weitergehende Willensauslegung das Verhältnis, in welchem Darlehns- und Wechselverbindlichkeit zu einander standen: die letztere hatte den Zweck, die Darlehnsforderung zu sichern. Bei dieser engen Beziehung beider zu einander muß angenommen werden, daß die bestellten Pfandrechte nicht bloß auf die den Zwecken der Darlehnsforderung dienende Wechselschuld, sondern auch auf jene sich bezog. Die unbestritten vorliegende Fassung der Wechselurkunden steht hiermit nicht im Widerspruch, unterstützt vielmehr diese Auffassung insofern, als sie in den Worten „Wert baar empfangen" bereits eine Hindeutung auf das zu Grunde liegende Darlehen enthält.

Die Erneuerung der Wechsel zwecks Prolongierung derselben ist für die Darlehnsforderung und deren Pfandrecht ohne Bedeutung. Der thatsächliche Hergang liegt nicht völlig klar vor,

aber auch, wenn allein die Angaben der Klägerin zu Grunde gelegt werden, daß der Pfandschuldner jedesmal die ihm zurückgegebenen alten Wechsel kassiert habe, gelangt man zu keinem für sie günstigeren Resultate. Denn die Wechselurkunde konnte für das Darlehen und dessen Pfandrecht niemals etwas anderes sein, als bloße Beweisurkunde, deren Untergang selbstverständlich auf den Fortbestand der durch sie bezeugten Rechte ohne allen Einfluß blieb. Ebenso bedeutungslos für denselben ist die von der Klägerin hervorgehobene Art der Buchung. Die Buchung hat nur den Zweck der geschäftsmäßigen Beurkundung von Rechtsverhältnissen, kann also niemals Rechte begründen oder vernichten.

---

### 5. Klage auf Ungültigkeit einer Ehe. Bo. 68/1883.

Die Ehefrau des B. hatte bald nach der am 8. August 1860 erfolgten Eheschließung unverkennbare Zeichen einer zum Ausbruche gekommenen Geisteskrankheit dargeboten, war deshalb schon im folgenden Winter in die Privatheilanstalt des Dr. E. in R. gebracht und sodann auf dessen Rat im Jahre 1867 der Landesheilanstalt zu Sachsenberg zugeführt. Nach dem von dem Dirigenten dieser Anstalt, Obermedizinalrat Dr. T. gerichtsseitig erforderten und unter dem 1. Juni 1883 erstatteten Erachten ist sie jetzt unheilbar blödsinnig, und ist ihr Zustand schon bei der Aufnahme in die Anstalt von dem gegenwärtigen wenig verschieden gewesen. Nachdem sie auf Antrag des Mannes durch amtsgerichtlichen Beschluß vom 9. Februar 1883 entmündigt war und einen Kurator erhalten hatte, erhob der Mann Klage, und zwar principaliter die Ungültigkeitsklage, gestützt auf die Behauptung, daß die Beklagte bereits bei Eingehung der Ehe unheilbar gemütskrank, er, Kläger aber über den Geisteszustand derselben in Unkenntnis gewesen sei. Damit ist als eventuelle Klage die Ehescheidungsklage verbunden, und diese auf die Behauptung gegründet, daß die Beklagte gleich nach Eingehung der Ehe in Geisteskrankheit gefallen sei und daran ununterbrochen bis jetzt gelitten habe, auch unheilbar sei, sowie, daß eine eheliche Beiwohnung nie stattgefunden habe.

Die eventuelle Klage wurde nach vorgängiger Verhandlung ohne Beweiserhebung als rechtlich unbegründet abgewiesen, dagegen wurde bezüglich der prinzipalen ein Erachten des oben genannten Obermedizinalrats Dr. T. darüber erfordert, ob die Geisteskrankheit der Beklagten schon am 8. August 1860 anzunehmen sei. Dies Erachten vom 1. Juni 1883 fiel dahin aus, daß eine

Geisteskrankheit der Beklagten nach den beigebrachten Thatsachen am 8. August 1860 nicht vorgelegen habe, daß dieselbe sich aber zur genannten Zeit in einem Zustande organischer Belastung befunden habe, welche ihre Geistesthätigkeiten nicht so frei entfalten ließ, wie bei einem normalen Menschen. In dem Erachten wird u. A. gesagt: „Verweigerung des Beischlafs und derartige Reden über die Ehe — nämlich wie Beklagte geführt — entsprechen nicht dem normalen Verhalten eines geschlechtsreifen Weibes, aber diese Symptome, einzeln und zusammengenommen mit anderen — vorher erwähnten — machen keine Geisteskrankheit aus; es giebt unter geistig mittelmäßig und hochbegabten Naturen Personen mit ähnlichen und anderen Eigentümlichkeiten, welche nicht selten ihr Lebensglück zerstören, die nach ihrem sonstigen Verhalten gesellig unbeanstandet und als vollkommen dispositionsfähig zu betrachten sind.“ Bei der mündlichen Verhandlung vervollständigte der genannte Sachverständige das abgegebene schriftliche Erachten namentlich noch durch den Ausspruch: „Die überwiegende Wahrscheinlichkeit gehe dahin, daß die Krankheit sich bei der Frau B. mit organischer Notwendigkeit entwickelt habe, es sei aber nicht ausgeschlossen, daß Umstände, die mit der Ehe und Wirtschaftsführung zusammenhangen, vielleicht einen mitwirkenden Einfluß auf die Entwickelung der Geisteskrankheit gehabt haben können.“

Nunmehr wurde auch die Ungültigkeitsklage abgewiesen. Es wurde thatsächlich festgestellt und als bewiesen angenommen, daß die Beklagte im Winter 1860/61 an geistiger Störung gelitten habe und daß diese geistige Störung vom Frühjahr 1861 ab in völlige, nicht wieder gehobene und inzwischen unheilbar gewordene Geisteskrankheit übergegangen sei, sowie, daß eine Disposition zu dieser Geisteskrankheit — organische Belastung — bei der Beklagten bereits zur Zeit der Eingehung der Ehe derselben mit dem Kläger bestanden habe und endlich, daß der Kläger von dieser Disposition seiner Ehefrau zur Geisteskrankheit zur Zeit, als er mit ihr die Ehe einging, Kenntnis nicht gehabt habe. Dagegen wird gleichfalls als festgestellt bzw. als bewiesen angenommen, daß die Beklagte zur Zeit des Eheabschlusses mit dem Kläger, 8. August 1860, geisteskrank n i c h t gewesen sei, und dann zur Rechtfertigung der Abweisung der prinzipaliter erhobenen Ungültigkeitsklage ausgeführt, daß 1., soweit die zum Abschluß einer gültigen Ehe erforderliche Willens- und Handlungsfähigkeit in Frage komme, solche hiernach vorhanden gewesen sei, indem die zur Zeit der Eheschließung vorhanden gewesene organische Disposition zur Geisteskrankheit nicht mit der Geisteskrankheit selbst identifiziert werden könne, daß 2. aber auch aus dem Gesichtspunkte eines bei Eingehung der Ehe vorhanden gewesenen Irrtums über eine wahlentscheidende Eigenschaft der Beklagten, nämlich deren nicht durch organische Disposition zur Geisteskrankheit gefährdete geistige Gesundheit, die Ehe nicht für ungültig erachtet werden könne, indem die vorausgesetzte d a u e r n d e geistige Gesundheit des anderen Ehegatten nicht eine derartige wahlentscheidende, das Wesen der Ehe selbst unmittelbar gefährdende Eigenschaft sei und deshalb

der in dieser Beziehung vorhanden gewesene Irrtum rechtlich nicht in Betracht kommen könne.

In der Berufungsinstanz wurde vom Gerichte noch ein Erachten der Großherzoglichen Medizinal-Kommission eingeholt, dessen Inhalt sich aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu dem die Ehe der Parteien für ungültig erklärenden Urteile vom 13. März 1884 ergiebt.

Die prinzipaliter erhobene Ungültigkeitsklage anlangend, so verneinen die beiden gerichtsseitig erforderten Erachten, das des Obermedizinalrats Dr. T. und das der Großherzoglichen Medizinal-Kommission gleichmäßig, daß die Beklagte bei Eingehung der Ehe im August 1860 geisteskrank und in Folge dessen willensunfähig gewesen sei, während das in jetziger Instanz auf private Veranlassung des klägerischen Prozeßbevollmächtigten von dem Dr. P. erteilte und zu den Akten gebrachte, übrigens in der Sitzung vom 13. März 1884 nur seinen Schlußresultaten nach verlesene Erachten annimmt, der degenerative Krankheits-Prozeß sei schon zur Zeit der Eingehung der Ehe soweit vorgeschritten gewesen, daß unzweideutige Merkmale von Geistesstörung vorgelegen hätten, und es sei die Beklagte in diesem Zeitpunkte unfähig frei über sich zu disponieren und unzurechnungsfähig gewesen. Dagegen nimmt das Erachten der Großherzoglichen Medizinal-Kommission auf Grund der von dem Kläger zu den Akten angegebenen, wegen des späteren Verlaufes der Krankheit seiner Ehefrau eine innere Wahrscheinlichkeit in sich tragenden, auch teilweise durch die zu den Akten gebrachten außergerichtlichen Aussagen der Küster K.'schen und der Maurerpolier O.'schen Eheleute, sowie der Ida G. bestätigten Thatsachen, sowie unter Berücksichtigung der ihr vorgelegten Erachten an, daß die Beklagte zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits mit den Anfängen einer Geisteskrankheit soweit belastet gewesen, daß der Krankheitsausbruch in der Ehe mit höchster Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen sei, und hat in wesentlicher Übereinstimmung hiermit der Dr. T. sein schriftliches Erachten dahin erläutert und ergänzt, die überwiegende Wahrscheinlichkeit gehe dahin, daß die Krankheit sich bei der Beklagten mit organischer Notwendigkeit aus der zur Zeit des Abschlusses der Ehe konstatierten organischen Belastung entwickelt habe.

Legt man nun die beiden letzterwähnten Erachten zu Grunde, so ist zwar anzunehmen, daß die Beklagte zur Zeit der Eingehung der Ehe willensfähig gewesen ist, und daß es mithin an dem zum gültigen Eheabschluß erforderlichen Konsense nicht gefehlt hat. Daneben bleibt aber die Frage offen, ob der Kläger, welchem der in diesem Zeitpunkte vorhandene geistige Zustand der Beklagten, wonach dieselbe schon damals mit den Anfängen einer Geisteskrankheit soweit belastet war, daß der Krankheitsausbruch in der Ehe mit höchster Wahrscheinlichkeit und vermöge organischer Notwendigkeit zu erwarten war, unbekannt gewesen, die Ehe nicht als eine ungültige anfechten dürfe. Der vorige Richter hat diese Frage verneint. Geht er nämlich zwar mit der Doktrin und Praxis davon aus, daß ein error substantialis oder essentialis des einen Ehegatten über wahlentscheidende Eigenschaften des anderen, d. h. über Eigenschaften, welche das Wesen der Ehe selbst unmittelbar berühren und deren Mangel das Wesen der Ehe selbst unmittelbar gefährdet, ein impedimentum dirimens privatum abgiebt und die Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe rechtlich fundiert, giebt er ferner die Möglichkeit oder selbst die Wahrscheinlichkeit zu, daß der Kläger, wenn er vor Eingehung der Ehe von glaubwürdiger sachverständiger Seite auf die Gefahren aufmerksam gemacht worden wäre, welche für die dauernde geistige Gesundheit der Beklagten aus deren bestehender Disposition zur Geisteskrankheit resultieren möchten, von der Eheschließung abgestanden sein würde, so negiert er doch, daß der Irrtum, in welchem sich der Kläger bei Eingehung der Ehe befunden habe, nämlich daß die Beklagte nicht zur Geisteskrankheit disponiere, als ein wesentlicher angesehen werden könne.

Es kann nun aber nach Lage der Sache die prinzipielle Beantwortung der Frage unterbleiben, ob derjenige, welcher mit einer Person des anderen Geschlechts, die zur Zeit der Eheschließung nicht bloß eine Disposition oder einen Keim zu einer Geisteskrankheit in sich trug, sondern schon, wie T. sich ausdrückt, organisch so belastet war, daß sich daraus Geisteskrankheit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und mit organischer Notwendigkeit entwickeln mußte, oder, wie die Medizinal-Kom-

mission sagt, bereits mit den Anfängen einer Geisteskrankheit soweit belastet war, daß der Krankheitsausbruch mit der höchsten Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, eine Ehe schließt, dieselbe nicht auf Grund seiner Unkenntnis bezüglich solcher geistigen Beschaffenheit als ungültig anzufechten berechtigt sei. Denn wenn man diese Frage selbst im Allgemeinen verneinen zu müssen glauben sollte, so kann doch im vorliegenden Falle nicht wohl bezweifelt werden, daß es sich gerade um eine das Wesen der Ehe selbst unmittelbar berührende und durch ihren Mangel das Wesen der Ehe selbst unmittelbar gefährdende Eigenschaft, bzw. um einen Irrtum in Betreff solcher Eigenschaft handelt.

Schon in dem Erachten des Dr. E. heißt es: „Als die Patientin sich als Gattin und Hausfrau gerieren sollte, verlor sie vollständig die Selbstbeherrschungsfähigkeit.“ In ähnlicher Weise deutet T. auf den möglichen Einfluß der Ehe auf den Geisteszustand der Beklagten hin, wenn er in seinen mündlich erteilten Zusätzen zu seinem schriftlichen Erachten sagt: „Es sei nicht ausgeschlossen, daß Umstände, die mit der Ehe und Wirtschaftsführung zusammenhangen, vielleicht einen mitwirkenden Einfluß auf die Entwickelung der Geisteskrankheit gehabt haben könnten.“ Bestimmter lautend und besonders beachtlich erscheint aber das Erachten der Großherzoglichen Medizinal-Kommission. Dasselbe spricht sich auf Grund des Verhaltens der Beklagten unmittelbar nach geschlossener Ehe und während derselben dahin aus: Am meisten habe die Annahme für sich, daß bei der Beklagten einer jener seltenen Fälle vorliege, wo die Anomalie gewisser Funktionen des zentralen Nervensystems — mit welcher die Anlage zu Nerven- und Geisteskrankheiten gegeben sei — auf dem sexuellen Gebiete sich dadurch äußere, daß der Geschlechtstrieb fehle und wegen des Mangels geschlechtlicher Empfindungen auch die entsprechenden ethischen Gefühle nicht zur Entwickelung kämen. Es wird weiter ausgeführt, mit dieser Annahme erkläre sich bei der Beklagten nicht nur die Abneigung gegen den Beischlaf, sondern auch die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht u. s. w., und wird gesagt, das fragliche Verhalten der Beklagten erscheine sonach als die unmittelbare

Konsequenz eines organischen Defekts, welcher einen Teil der bei ihr vorhandenen Krankheitsanlage ausmache.

Es kann keinem erheblichen Bedenken unterliegen, diejenige Annahme, welche nach der Ansicht der höchsten Auktorität des Landes auf medizinischem Gebiete am meisten für sich hat, als eine dadurch zur genügenden rechtlichen Gewißheit erhobene zu betrachten und der Beurteilung zu Grunde zu legen. Danach wird die Abneigung der Beklagten gegen den Beischlaf und die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht aber als die unmittelbare Konsequenz eines organischen Defekts hingestellt, welcher einen Teil der bei ihr vorhanden gewesenen Krankheitsanlage ausgemacht habe, es ist also die krankhafte physische Individualität der Beklagten geradezu als die Ursache ihrer Unzugänglichkeit in geschlechtlicher Hinsicht zu betrachten. Die Verwirklichung der vollen ehelichen Gemeinschaft war mithin durch die in der Beklagten vorhandene psychische Krankheitsanlage ausgeschlossen, und es leuchtet ein, daß der derselben anhaftende, die copula carnalis ausschließende Defekt im geistigen Organismus für die Ehe dieselbe Bedeutung hat, wie ein die Vollziehung des Beischlafs unmöglich machendes körperliches Gebrechen, folgeweise die Anfechtung einer in Unkenntnis — Irrtum — bezüglich jenes Defektes abgeschlossenen Ehe ebenso statthaft sein muß, wie diejenige einer in Unkenntnis über das Vorhandensein eines körperlichen Gebrechens der gedachten Art eingegangenen Ehe.

Freilich hat der Kläger eine große Reihe von Jahren seit dem Zeitpunkte, wo ihm der eine Heilung nicht versprechende Zustand seiner Ehefrau zur Kenntnis gekommen war, verstreichen lassen, ohne die Ehe als ungültig anzufechten, indessen ist aus diesem Umstande umsoweniger ein den Kläger bindender Verzicht auf die Geltendmachung des Anfechtungsgrundes zu entnehmen, als derselbe vom Jahre 1863 an, wo die Beklagte in eine Irrenheilanstalt verbracht worden, mit ihr überhaupt keine häusliche Gemeinschaft unterhalten hat. In Gemäßheit der vorentwickelten Gründe war die Ehe auf Berufung des Klägers für ungültig zu erklären, und erledigt sich dadurch die nur eventuell mit der Ungültigkeitsklage verbundene Ehescheidungsklage. Es

waren der Beklagten aber auch die gesamten Kosten des Rechtsstreits zur Last zu legen, da, wenngleich der Prozeßbevollmächtigte ihres gesetzlichen Vertreters in dem Termine vom 29. Juni 1883 das Einverständnis mit der Aufhebung der Ehe erklärt hat, diese Erklärung wegen fehlender Befugnis zur Disposition über den Streitgegenstand ohne Einfluß auf den Fortgang und auf die Entscheidung des Eheprozesses ist und die Regel des § 87 der C.-Pr.-O. eintreten muß.

---

6. **Geltungsbereich des Rostocker Güterrechts unter Ehegatten. Urkundenprozeß.** Bo. 69/1883.

Die Ehefrau des Büdners B. zu N. klagte gegen ihren Ehemann im Urkundenprozeß auf Auszahlung eines auf ihren Namen im Hypothekenbuch der Büdnerei des Mannes in N. eingetragenen Kapitals mit Zinsen. Der beklagte Ehemann berief sich auf die in N., einem Hospitalgut der Stadt Rostock, statutarisch geltende Gütergemeinschaft, aus welcher er das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs an dem fraglichen Kapital herleitete, und beantragte Abweisung der Klage. Dem gegenüber machte die Klägerin geltend, daß die Gütergemeinschaft laut öffentlicher Bekanntmachung vom 18. Mai 1878 für ihre Ehe ausgeschlossen sei, auch die dem Hypothekenschein anliegende Schuldurkunde durch Zusicherung halbjähriger Kündigung und Verzinsung einen Verzicht des Beklagten auf das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs enthalte. In erster Instanz wurde die Klage als im Urkundenprozesse unstatthaft abgewiesen. Das Oberlandesgericht hob diese Entscheidung durch Berufungsurteil vom 21. November 1883 auf und verurteilte den Beklagten unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte dem Klageantrage gemäß.

Gründe.

1. Die Parteien haben unbestritten ihren Wohnsitz aus einem Orte des römischen Dotalrechtes in das Gebiet des Rostocker Stadtrechtes verlegt. Die Klägerin hat sich gegen die Anwendlichkeit des letzteren auf den vorliegenden Fall darauf berufen, daß laut öffentlicher Bekanntmachung der zuständigen Behörde die Geltung der hier relevierenden Rechtsnormen ausgeschlossen sei, und daß außerdem Beklagter rücksichtlich der eingeklagten Forderung auf seine durch das Rostocker Stadtrecht

ihm gewährten Befugnisse verzichtet habe. Es ist dem angefochtenen Urteil darin beizustimmen, daß von der Beantwortung dieser beiden Fragen die Entscheidung des Rechtsstreites abhangen wird. Denn das zunächst sich aufdrängende Bedenken, ob die Verlegung des Wohnsitzes aus einem Rechtsgebiete in das andere eine Veränderung des ehelichen Güterrechts nach sich zieht, und ob nicht vielmehr das an dem ersten Wohnsitz der Eheleute geltende Recht fortdauernd in Geltung bleibt — vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Band VI nr. 62 —, erledigt sich durch die Vorschrift des Artikels 5 Teil I des Rostocker Stadtrechtes, wo in den Worten:

> „in gleicher Gemeinschaft der Güter treten auch diejenigen Ehe-Leute, welche vorhin an einem andern Ort gewohnet, in dieser Stadt aber unter unsere Jurisdiction ihre Wohnung nehmen —"

ausdrücklich die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts anerkannt ist. Freilich ist hier nur die Rede von der „Gemeinschaft der Güter", welcher Ausdruck nach den Ausführungen des ersten Urteils regelmäßig nur von der Haftung der Frau für die Schulden des Mannes im Gebrauch sein soll. Allein es sprechen überwiegende Gründe dafür, in dem obigen Artikel V diese Wendung allgemein in dem Sinne des unter den Eheleuten geltenden Güterrechtes zu verstehen. Denn die Absicht dieses Artikels ist offenbar die, den Zeitpunkt des Beginnes der vermögensrechtlichen Folgen der Ehe („So bald das Beylager vollzogen") festzustellen. Diese Zeitbestimmung gilt nicht bloß für die in den Artikeln VIII, IX, XI geordnete Haftung für die Schulden, sondern ebenso sehr auch für die in den Artikeln I—IV dem Ehemanne verliehenen weitgehenden Befugnisse, insbesondere die der Verwaltung und des Nießbrauchs. Sie hat sogar in der letztgedachten Richtung ihre wesentliche praktische Bedeutung, da die Haftung für die Schulden des Mannes in Artikel VII an die Voraussetzung, daß die Ehe beerbt sei, geknüpft war, — eine Bestimmung, welche erst durch § 19 der städtischen Verordnung vom 2. September 1822 aufgehoben worden ist.

2. Der genannte Artikel V schließt aber unmittelbar an die obige Bestimmung über die Wandelbarkeit des Güterrechts den Vorbehalt:

„es wäre denn, daß ein anderes von ihnen dabey verabredet."

In Beihalt des oben Gesagten kann auch das in Artikel II gewährte Recht der „Administration" durch Vertrag der Eheleute beschränkt oder ausgeschlossen werden. Freilich ist dies Recht des Mannes historisch von der in der Haftung des Frauengutes für die Schulden des Mannes bestehenden Gütergemeinschaft im engeren Sinne wesentlich verschieden. Während die letztere der Rücksicht auf den gewerblichen Verkehr und anderen legislativen Erwägungen späterer Jahrhunderte ihre Entstehung verdankt, ist das erste auf die alte Vogtei des Mannes über die Frau zurückzuführen, vgl. Artikel 35 Titel VII Teil I des Rostocker Stadtrechts. Beruht also das Verwaltungsrecht des Mannes auf der aus der alten Geschlechtsvormundschaft fließenden Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, so erhebt sich der Zweifel, ob nicht dieser ursprüngliche Charakter des Verwaltungsrechtes notwendig eine Abänderung durch Privatdisposition ausschließen und ob nicht die für die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit am Wohnort zwingend geltenden Rechtsnormen hier entscheiden müssen. Indessen hat das Administrationsrecht des Mannes jenen seinen ursprünglichen Charakter gegenwärtig abgestreift. Nachdem schon die Rostocker Verordnung vom 2. September 1822 im § 21 das Recht des Mannes erheblich beschränkt hatte, hob die Verordnung vom 18. Febr. 1863 die Geschlechtsvormundschaft im Allgemeinen auf. Freilich wurden „die stadtrechtlichen Befugnisse des Ehemannes" von dieser Aufhebung ausgenommen, allein dieselben erscheinen gegenüber jener prinzipiellen Anerkennung der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit der Frauen lediglich als ein Vermögensrecht des Mannes. Dies um so mehr, als durch § 1 Absatz 2 C.-Pr.-O. auch die Prozeßfähigkeit der Ehefrauen anerkannt ist.

Unter diesen Umständen muß auf das Verwaltungsrecht des Mannes nicht weniger als auf die Haftung des Frauengutes für

die Schulden der Artikel 5 Titel V Teil I seinem ganzen Inhalte nach zur Anwendung kommen.

3. Es ist anerkannten Rechtens, daß die Ehefrau die durch Verlegung des Wohnsitzes ihr drohenden nachteiligen Veränderungen des Güterrechts nicht bloß mit dem Willen ihres Ehemannes, sondern auch gegen denselben abwenden kann. Die in den Entscheidungen des hiesigen vormaligen Oberappellationsgerichtes Band III Seite 169—171 entwickelten Grundsätze werden auch jetzt noch aufrecht erhalten.

Es fragt sich hiernach nur noch, ob die Klägerin von dieser ihrer Befugnis auch bezüglich des Verwaltungsrechts des Beklagten Gebrauch gemacht hat. Unbestritten ist, daß die zuständige Behörde, das Hospitalgericht zum St. Georg, unter dem 18. Mai 1878 auf Antrag der Klägerin in der offiziellen Beilage der Rostocker Zeitung hat bekannt machen lassen:

> „Daß in Folge deren rechtzeitig erhobenen Protestes und der rechtskräftig gewordenen Entscheidung des löblichen Obergerichts hieselbst vom 25. Oktober v. J. die statutarische, unter Eheleuten im Jurisdiktionsgebiete der Stadt Rostock bestehende Gütergemeinschaft zwischen ihr und ihrem genannten Ehemanne bei ihrer Ueberfiedelung nach Riendorf nicht in Wirksamkeit getreten ist."

Diese Fassung widerstrebt nicht dem Sinne, welchen Klägerin in dieselbe hineinlegt, da, wie oben gezeigt ist, der Ausdruck „Gütergemeinschaft" in dem genannten Artikel V des Gesetzes nicht bloß die Haftung für die Schulden, sondern auch das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht umfaßt. Ob aber dessen ungeachtet nicht aus den im ersten Urteil entwickelten Gründen das Proklam seinem Sinne nach im Zweifel, also beim Fehlen bestimmter entgegengesetzter Momente auf den erstgenannten Punkt zu beschränken ist, kann dahin gestellt bleiben, da ohnehin nach Lage der Sache sich ergiebt, daß die Klägerin die jetzt behauptete Intention in der That schon damals verfolgt und dies auch genügend zum Ausdruck gebracht hat. Denn der Zweck, welchen die Klägerin durch jene offizielle Bekanntmachung zu erreichen strebte, konnte nur die Sicherung ihres Vermögens gegen Hand-

lungen ihres Mannes sein. Dieser Zweck konnte nur erreicht werden, wenn sie nicht nur die Haftung ihres Gutes für die ehelichen Schulden des Mannes, sondern auch die Verwaltung ihrer Kapitalien seitens des Letzteren ausschloß. Die beiden vorgelegten Entscheidungen des Obergerichts vom 25. Oktober 1877 und des hiesigen Oberappellationsgerichts vom 25. Februar 1877 bestätigen dies. In dem Schlußsatze des letzteren wird der damals erhobene Anspruch der Ehefrau dahin aufgefaßt, daß sie die Aufrechthaltung des bis dahin für ihre Ehe maßgebend gewesenen Güterrechts — mithin des römischen Dotalrechts — bezweckt habe. Die in Folge dieser rechtskräftigen Bescheide ergangene Bekanntmachung vom 18. Mai 1878 muß unter Berücksichtigung derselben interpretiert, mithin, im Einklange mit ihrer allgemeinen Fassung dahin verstanden werden, daß das bisherige Güterrecht unter den Eheleuten erhalten bleiben solle. Die Bedenken, welche Beklagter gegen die Berücksichtigung der beiden vorgelegten Entscheidungen aus § 555 C.-Pr.-O. entnimmt, sind nicht begründet. Denn die Klage war ausreichend begründet durch das eingetragene Recht der Klägerin, und diese konnte es dem Beklagten überlassen, sich auf das statutarische Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht im Wege der Einrede zu berufen. Dem gegenüber erscheint die Behauptung der Klägerin, der Eintritt des Rostocker Güterrechts sei durch öffentliche Bekanntmachung ausgeschlossen, als Replik. Es bedurfte mithin des Beweises dieser Thatsache durch Urkunden nicht schon bei Anstellung der Klage. Beklagter hat eventuell beide Entscheidungen als echt anerkannt, und stand daher ihrer Verwertung bei Prüfung der Sache nicht entgegen.

Bei dieser Sachlage kann davon abgesehen werden, ob die vom ersten Richter ausgesprochene Zurückweisung der von der Klägerin als weitere Beweismittel benannten Prozeßakten des vormaligen Obergerichts gerechtfertigt war oder nicht. Die hiermit zusammenhangende bedingte Erklärung der Klägerin, sie wolle vom Urkundenprozeß abstehen, ist bedeutungslos, einmal, weil sie nicht unbedingt, und zweitens, weil sie erst in der Berufungsinstanz abgegeben ist.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band V nr. 94.

4. Zu dem gleichen Resultate der Zurückweisung der Verteidigung des Beklagten führt die Erwägung des Inhaltes der dem Hypothekenschein anliegenden Verpflichtungsurkunde. In derselben verheißt der Beklagte, das Kapital nach halbjähriger zuvoriger, beiden Teilen in den landüblichen Zahlungsterminen freistehender Kündigung prompt zurück zu zahlen, bis dahin aber mit 4 % jährlich in halbjährigen Raten zu verzinsen. Mit diesem klaren Wortlaut ist es unvereinbar, wenn Beklagter die ordnungsmäßig beschaffte Kündigung der Klägerin durch Berufung auf sein Verwaltungsrecht zurückweisen und die Verzinsung auf Grund seines Nießbrauchsrechtes verweigern will. Auf beide Rechte — wenn er sie an dem Vermögen der Frau überhaupt besaß — hatte er durch Vollziehung der Urkunde für das fragliche Kapital verzichtet. Der Ausführung des ersten Urteils, die Aufnahme der beiden Klauseln lasse sich daraus erklären, daß die übliche Form befolgt wurde, welche auch für einen Wechsel in der Person des Gläubigers oder Schuldners ohne Weiterungen dienlich sei, kann nicht beigestimmt werden. Denn einer solchen Intention entsprach die gewählte Fassung nicht. Hatte Beklagter sie wirklich im Auge, so war es seine Sache, eine andere, den Fall eines Wechsels in der Person des Gläubigers oder Schuldners bezielende Ausdrucksweise zu veranlassen. Er hat dies nicht gethan und muß deshalb den Inhalt der Urkunde gegen sich gelten lassen.

5. Der Beklagte hat sich zur Entkräftung der obigen Repliken noch darauf berufen, daß Klägerin ihm die Verwaltung ihres Paraphernalgutes, damit also auch des fraglichen Kapitals überlassen habe. Diese Behauptung — ihre thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt — ist unerheblich. Denn eine derartige Überlassung der Verwaltung band die Klägerin nicht, vielmehr war sie jederzeit befugt, dieselbe zurückzunehmen. Dies hat sie unzweideutig schon durch die im Johannistermin 1881 vorgenommene Kündigung gethan. Andererseits ist gerade der Umstand, daß das fragliche Kapital streitlos von jeher nur Para-

phernalgut, nicht Dos der Ehefrau war, von erheblicher Bedeutung dafür, daß ihre Intention bei Erwirkung des besprochenen Proklams gerade auf die zur Sicherung des Paraphernums führende Aufrechthaltung ihres bisherigen Güterrechtes gerichtet war.

---

## 7. § 120 a der Gewerbeordnung für das deutsche Reich.

### Re. 46/1883.

Der Schlossergeselle F. hatte sich dem Dampfziegeleibesitzer R. kontraktlich verpflichtet, die in dessen Fabrik befindlichen Maschinen zu beaufsichtigen und zu leiten, dieselben zu heizen, alle in sein Fach als Maschinist einschlagenden Arbeiten, insbesondere auch die erforderlichen Reparaturen der Maschinen, sowie auch sonstige Reparaturen und Schlosserarbeiten auszuführen. Er hat seinen Dienst mit Beginn des Jahres 1882 angetreten, ist aus demselben aber, ungeachtet die Aufhebung des Dienstverhältnisses durch Aufkündigung vereinbarungsmäßig vor Ablauf eines Jahres nicht geschehen durfte, durch den Beklagten am 2. August 1882 entlassen worden. Er klagte deshalb auf Zahlung des rückständigen Lohns und auf Erstattung der ihm durch die vorzeitige Lösung des Dienstverhältnisses verursachten Miets- und Umzugskosten.

In erster Instanz wurde der Beklagte, unter Verwerfung seiner nach Lage der Sache nicht mehr in Betracht kommenden Einreden, dem Klageantrage entsprechend verurteilt. Durch Berufungsurteil vom 25. Januar 1884 wurde sodann die Klage wegen zur Zeit bestehender Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen.

### Gründe.

Nach dem § 120 a der durch die Novelle vom 23. Februar 1878 abgeänderten Gewerbeordnung, welche in das Reichsgesetz, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883, unverändert aufgenommen ist, und in Beihalt der einheimischen Verordnung vom 25. September 1869, betreffend die in Gemäßheit der Gewerbeordnung fungierenden Behörden, sind u. A. Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Arbeitern, die auf die Aufhebung des Dienstverhältnisses oder die gegenseitigen Leistungen aus demselben sich beziehen, durch die Gemeindebehörde zu entscheiden. Diese gesetzliche Bestimmung betrifft, wie alle in dem Titel VII der abgeänderten Gewerbeordnung enthaltenen Vorschriften auch die

Fabrikarbeiter. Daß der Beklagte ein selbständiger Gewerbetreibender sei, ist ebensowenig zweifellos, als daß die Entscheidung der vorliegenden Streitigkeit, auch soweit sie nicht unmittelbar aus dem Dienstvertrage sich ergebende Leistungen zum Gegenstande hat, von der Beurteilung der Frage, ob der Beklagte zur vorzeitigen Entlassung des Klägers berechtigt gewesen sei, abhange. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß der Kläger ein Fabrikarbeiter im Sinne des Titel VII der revidierten Gewerbeordnung ist. Fabrikarbeiter ist Jeder, welcher in einer Fabrik für die Herstellung gewerblicher Erzeugnisse zufolge eines mit dem Gewerbetreibenden abgeschlossenen Vertrages thätig wird. Dabei kommt auf die Stellung des Arbeiters in der Fabrik ebensowenig etwas an, wie auf die Art seiner Thätigkeit. Der Techniker fällt ebensowohl unter das Gesetz, wie der gewöhnliche Handarbeiter. Selbst die Werkmeister, welche früher durch den § 126 der Gewerbeordnung für gewisse Beziehungen von dem Bereiche der Fabrikarbeiter ausdrücklich ausgeschlossen waren, werden nach der Fassung des an die Stelle des § 126 getretenen § 154 der revidierten Gewerbeordnung von sämtlichen, die Fabrikarbeiter betreffenden Bestimmungen mitergriffen. Nach dem genannten § 154 Abs. 1 finden gegenwärtig die Bestimmungen der §§ 105 bis 133 der Gewerbeordnung nur auf die Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften keine Anwendung. Soferne daher, wie regelmäßig, mit dem Fabrikbetriebe ein Handelsgeschäft verbunden ist, fallen die in dem letzteren beschäftigten Gehülfen, wie z. B. die Buchführer und Verkäufer des Fabrikats, selbst wenn sie in den Räumen der Fabrik thätig sein sollten, nicht unter die Gewerbeordnung, sondern als Handlungsgehülfen unter das Handelsgesetzbuch. Der Kläger aber kommt nach dem Inhalt seines mit dem Beklagten abgeschlossenen Kontrakts nur als Gewerbegehülfe in Betracht, da die sämtlichen Leistungen, zu denen er kontraktlich verpflichtet war, als gewerbliche, der Herstellung des Fabrikats dienende, erscheinen. Das in dem von dem Kläger angezogenen Erkenntnisse des Landgerichts zu Schwerin dem § 119 der Gewerbeordnung entnommene Gegenargument ist um deswillen ein

ganz unbeachtliches, weil im § 119 Abs. 1 nicht von den Arbeitern, sondern von den Gewerbetreibenden die Rede ist, und diesen Gewerbetreibenden für gewisse hier nicht in Betracht kommende Beziehungen deren Familienglieder, Gehülfen, Aufseher 2c. gleichgestellt werden.

Darnach war für die Entscheidung der vorliegenden Streitigkeit die Gemeindebehörde zuständig, und der Rechtsweg, bis nach erfolgter Entscheidung der Gemeindebehörde innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Berufung auf denselben erfolgt war, ausgeschlossen.

Da der Ausschließung des Rechtsweges allemal Rücksichten der öffentlichen Ordnung zu Grunde liegen — (vergl. auch § 3 des Einführungs-Gesetzes zur Civil-Prozeß-Ordnung und § 16 des Gerichtsverfassungsgesetzes) —, war dieser Punkt, wie geschehen, von Amtswegen zu beobachten und das erste Erkenntnis wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges bei Seite zu setzen.

---

## 8. Dos. Re. 50/1883.

Die Ehefrau des Müllers R. in D. vindizierte gegen den Verwalter im Konkurse ihres Ehemannes mehrere zum Hausrat gehörende Sachen (Stühle, Schränke, Spiegel, Sopha, Nähmaschine), welche während der Ehe angeschafft und mit ihrem Gelde bezahlt waren.

Das die Herausgabe der Sachen vorschreibende erstinstanzliche Erkenntnis wurde in der Berufungsinstanz durch Urteil vom 18. März 1884 bestätigt.

### Gründe.

Ob die Klägerin einzelne der vindizierten obbezeichneten Sachen, die unbestritten während der Ehe der Klägerin mit ihrem Ehemanne angeschafft und mit dem Gelde der Klägerin bezahlt sind, selbst ankaufte, oder ob deren Ehemann den Kaufkontrakt über alle Gegenstände, wie hinsichtlich einzelner durch Parteierklärung feststeht, abschloß, releviert für die Entscheidung nach Lage der Sache ebensowenig, als die weiter unter den Parteien unbestrittene Thatsache, ob die Klägerin ihr zur Zahlung verwendetes Geld, wie sie behauptet, ihrem Ehemanne zur Zahlung

auf die angekauften Sachen hingab, oder ob, nach der Angabe des Beklagten, eine ausdrückliche Erklärung über den Zweck der Hingabe des Geldes nicht erfolgt ist. Denn selbst wenn man die thatsächlichen Behauptungen des Beklagten der Beurteilung zum Grunde legt, und selbst wenn man weiter sogar mit dem Beklagten im Widerspruche mit der Angabe der Klägerin annimmt, daß der Ehemann der Klägerin beim Abschluß der Kaufkontrakte den Verkäufern nicht mitgeteilt haben sollte, er kaufe für seine Ehefrau, die Klägerin, so würde dennoch das angefochtene Urteil als dem Rechte entsprechend angesehen werden müssen. Auf die Mitteilung der Käufer kann es nämlich schon deshalb nicht ankommen, weil die Dotalsachen in das Eigentum des Ehemannes bestimmungsgemäß kommen sollen, und daher der Kauf und die Tradition schon deshalb auf seinen Namen zu stellen waren, falls die Klägerin und deren Ehemann die hier fraglichen Gegenstände als Dotalobjekte behandelt wissen wollten. Und wenn die Klägerin das gezahlte Geld ohne Zweckbestimmung ihrem Ehemanne hingegeben, und dieser, ohne nähere Beredung mit ihr, dafür die fraglichen Sachen angekauft haben sollte, so würde das Geld als dotal angesehen werden müssen, und würden sodann die vindizierten Gegenstände — nach L. 54 D. de jure dotium (23, 3) „Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur“ und nach L. 22 fin. D. soluto matrimonio (24, 3) — — — non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dotem datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint,“ — gleichfalls als dotal gelten müssen. Vorliegenden Falls umsomehr, da alle fraglichen Sachen derartige sind, welche als Aussteuergegenstände von den Ehefrauen in die Ehe gebracht zu werden pflegen, und da schon nach Lage der Sache deren Anschaffung mit dem Gelde der Klägerin nicht ohne deren Wissen und daher nicht ohne deren Willen erfolgt sein kann. Daß sie außerdem eine Aussteuer auch schon bei Eingehung ihrer Ehe ihrem Ehemanne mitbrachte, rechtfertigt nicht, wie Beklagter anzunehmen scheint, eine Schlußfolgerung dahin, daß sie weitere Gegenstände zur Dos nicht habe hingeben wollen. Und daß die allegierten

gesetzlichen Bestimmungen als dem Konkursrechte angehörig durch den § 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung aufgehoben seien, kann mit genügendem Grunde nicht behauptet werden, da in ihnen ein Hinweis darauf mangelt, daß sie nur für den Fall des Konkurses des Ehemannes Geltung haben sollen, und der Umstand, daß sie in diesem Falle vorzugsweise praktisch bedeutend werden, ihre Beschränkung auf denselben nicht rechtfertigt.

---

## 9. Geltung der Stadtbuchordnung für Warnemünde.
### Vo. 31/1884.

In dem zwischen einem Vorschußvereine und einem Konkursverwalter geführten Rechtsstreite, in welchem die Stadt Rostock als Nebenintervenientin aufgetreten war, hatte das Oberlandesgericht Anlaß, zu untersuchen, ob die Stadtbuchordnung als direkt für Warnemünde miterlassen anzusehen sei, eventuell ob für Warnemünde statutarisch eine Hypothekenordnung, namentlich die Stadtbuchordnung, erlassen sei, und endlich weiter eventuell, ob die Stadtbuchordnung mit ihren Erweiterungen dort gewohnheitsrechtlich Geltung erlangt habe. Die Entscheidungsgründe zu dem Urteil vom 14. Mai 1884 enthalten darüber folgende Ausführungen:

Die erste der drei soeben aufgeworfenen Fragen anlangend, ergiebt sich schon aus dem Eingange der Stadtbuchordnung vom 22. Dezember 1829, daß sie nicht für alle zum Gebiete der Städte gehörenden Grundstücke bestimmt ist. Daselbst ist nämlich Bezug genommen auf die Patentverordnung vom 16. April 1828, betr. Anfertigung von Grundplänen, Flurrissen 2c., in deren § 3 ausdrücklich gesagt ist, daß die Stadtburgen, Stadtgüter und von der äußersten Grenze des Stadtgebietes nicht eingeschlossenen Grundstücke in den Flurriß nicht aufgenommen werden sollten. Diese Bestimmung ist im § 1 unter Ziffer 3 der revidierten Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857 wiederholt, und daneben Ziffer 1 daselbst hervorgehoben, daß es bei der früheren gesetzlichen Anordnung, wonach vom 1. Februar 1830 ab dingliche Rechte aller Art an Grundstücken, welche in den Städten und innerhalb ihrer Feldmark zu Stadtrecht belegen

seien, das Bewenden behalte. Der Umstand nun, daß das territoriale Gebiet des Fleckens Warnemünde mit dem übrigen Gebiete der Stadt Rostock unmittelbar nicht zusammenhängt, wie Kläger behauptet, ist für die Verneinung der aufgeworfenen Frage, ob Warnemünde als zur Stadtfeldmark von Rostock gehörig anzusehen sei, nicht entscheidend, da nirgends vorgeschrieben ist, daß alle Teile einer Stadtfeldmark miteinander zusammenhangen sollen. Ohnehin ist die aufgestellte Behauptung insofern nicht richtig, als Warnemünde mit Rostock durch die dieser Stadt mitunterworfene Warnow in Zusammenhang steht. Gegen die Annahme des Klägers spricht der Inhalt des zweiten Teils Seite 135 des Mecklenburg-Schwerinschen Staatskalenders de 1884, wo Warnemünde gleich wie andere aus den Stadtgütern entnommene, der Stadtfeldmark inkorporierte Flächen, namentlich das Gehöft Kabutzenhof und die Fabrik der Rostocker Aktien-Gesellschaft für Schiffs- und Maschinenbau, welche früher zu dem Dorfe Bramow gehörten, als im städtischen Gebiete liegend bezeichnet wird. Ist es nun auch richtig, daß der 2. Teil des Staatskalenders offizielle Geltung nicht hat, und daß daher aus der bezeichneten Notiz ein vollständiger Beweis gegen den Kläger nicht entnommen werden kann, so gewährt dieselbe gegen ihn doch ein erhebliches Indiz, namentlich unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die auch in früheren Staatskalendern sich findende gleiche Verzeichnung, wie bekannt, auf Mitteilungen der Ortsobrigkeiten, hier also des Magistrates der Stadt Rostock, beruhen. Und das Indiz wird in hohem Grade dadurch verstärkt, daß der § 47 des Rostocker Erbvergleichs vom 13. Mai 1788 als Gebietsteile, für welche das Rostocker Stadtrecht Geltung habe, nur das Territorium innerhalb der Stadt-Mark-Scheide, sowie die Stadt- und Hospital-Güter bezeichnet, so daß darnach die zweifellos dem Rostocker Stadtrecht unterworfene, besonders nicht genannte, Ortschaft Warnemünde, die zu den Stadtgütern nie gerechnet ist, als Teil des Territoriums innerhalb der Stadt-Mark-Scheide, also als innerhalb der Stadtfeldmark belegen, angesehen sein muß. — Hierzu kommt sodann noch das eigentümliche Verhältnis, in welchem Warnemünde zu Rostock steht,

dessen frühere und jetzige Verfassung, namentlich auch in steuerlicher Hinsicht, sowie endlich das Recht, welches Private an den dortigen Grundstücken haben. Warnemünde war früher eine eigene Stadt und kam als solche im Anfang des 14. Jahrhunderts, als civitas bezeichnet, vertragsweise an Rostock. Der Ort wird noch in Nr. 4675 des Mecklenburgischen Urkundenbuchs vom 13. Dezember 1325 als Stadt besonders aufgeführt; er hatte ein eigenes Stadtgericht, dessen Überbleibsel in dem Voigt (Gerichtsvoigt — advocatus judicii), wenn auch jetzt mit anderen Funktionen, noch erkennbar ist. Und wenn auch die städtische Gerechtsame im Verlaufe der Zeit immer mehr und mehr eingeschränkt sind, so ward doch noch 1677 für Warnemünde eine allem Anschein nach aus einer älteren Bürgersprache hervorgegangene, eigene Polizeiordnung erlassen, und bilden selbst jetzt noch die Einwohner von Warnemünde eine Bürgerschaft mit Bürgerältesten, leisten auch, wenn sie ihre Rezeption beantragen, den Bürgereid. Die innere Verwaltung der Ortschaft wird durch das Gewette, als Deputation des Magistrates der Stadt Rostock, welcher die Ortschaft unterworfen ist, beschafft. Landessteuern werden in Warnemünde nur in gleicher Weise wie sonst in den Städten und den Stadtfeldmarken erhoben; namentlich fließen die Steuern von Grundstücken in die Kassen der Stadt Rostock, während die gleichen Steuern aus dem nicht zur Stadtfeldmark gehörigen Gebiete der Stadt Rostock den Steuern aus ritterschaftlichen Gütern gleichbehandelt und an das Land abgeführt werden. Endlich aber stehen die Grundstücke in Warnemünde den Grundbesitzern zu Eigentum zu, und zwar nach Bürgerrecht, wie sich aus den Eintragungen zu den älteren Stadtbüchern, bzw. zu den speziell für Warnemünde geführten Hausbüchern ergiebt. Berücksichtigt man alle diese Thatsachen, erwägt man weiter, daß, wie schon erwähnt ist, die Eintragungen zum Warnemünder Hausbuche demjenigen zum Rostocker Stadtbuche stets gleich behandelt sind und unter gleichem Rechte standen, so kann man sich der Annahme kaum verschließen, daß das Territorium von Warnemünde, wenn auch vielleicht nicht mehr als selbständiges Stadtgebiet, so doch als Teil der Rostocker Stadtfeldmark

anzusehen ist. Nur von diesem Standpunkte aus erscheint es erklärlich, daß die Stadt Rostock es unterlassen hat, für Warnemünde eine Hypothekenordnung herauszugeben, während sie eine solche für die außerhalb der Stadtfeldmark belegenen Erbpachtbesitzungen am 8. Juni 1831 erließ. Bedenken können gegen diese Auffassung nur deshalb erhoben werden, weil die zur Publikation der Stadtbuchordnung am 18. Januar 1830 ergangene Verordnung der Ortschaft Warnemünde und des daselbst das Hausbuch führenden Gewettes nirgends Erwähnung thut. Und wenn diese Unterlassung auch durch die Verordnung vom 21. Juni 1830, worin die Streitigkeiten über Stadtbuchangelegenheiten dem Obergerichte zugewiesen wurden, und durch deren Mitteilung an das Gewette (Blanck, Seite 401), welche anscheinend nur mit Rücksicht auf den Hausbuchbetrieb des Gewettes in Warnemünde erfolgte, nicht ganz gehoben werden mag, so erscheint es gerechtfertigt, auch die weiteren aufgeworfenen eventuellen Fragen einer Erörterung zu unterziehen.

Die erste dieser eventuellen Fragen ist unbedenklich zu verneinen. Eine besondere und für Warnemünde bestimmte Hypothekenordnung ist seitens der Stadt Rostock, wie auch deren Vertreter anerkannt, niemals erlassen worden. Die Hypothekenordnung vom 8. Juni 1831 (Blanck, Seite 413), sowie deren Deklaration vom 20. Mai 1836 (Blanck, Seite 472), beziehen sich offensichtlich auf Warnemünde nicht. Sie sollen, wie ihr Inhalt ergiebt, nur für Erbpachtstellen auf Stadtgebiet außerhalb der Stadtfeldmark normieren, während, wie schon erwähnt, die Grundstücke in Warnemünde ihren Besitzern der Regel nach eigentümlich, überdies zu Bürgerrecht zustehen. Unter den Verwaltungsbehörden für die Führung der Hypothekenbücher nach der vorbezeichneten Hypothekenordnung ist daher auch im Eingang der §§ I und II sowie Ziffer 1 des § III der städtischen Verordnung vom 8. Juni 1831 das Gewett nicht genannt, wie doch notwendig gewesen wäre, wenn man die unter dem Gewette stehende Ortschaft Warnemünde hätte mitergreifen wollen. Die erwähnte städtische Hypothekenordnung ist nichts weiter als ein Erlaß in Grundlage der Landesverordnung vom 6. Februar 1830

(Raabe II Seite 119), wonach es den Städten gestattet ward, Hypothekenordnungen für die Besitzer von Erbpacht- und Erbzinsstellen in den städtischen Kämmereigütern zu erlassen. — Der Vertreter der Nebenintervenientin, der in voriger Instanz die gegenteilige Ansicht verfochten, ist denn auch in jetziger Instanz auf diese seine Auffassung nicht zurückgekommen.

Die zweite und letzte der eventuellen Fragen, ob die Landes-Stadtbuchordnung und deren Veränderungen bzw. Erweiterungen durch die Landesgesetzgebung für Warnemünde gewohnheitsrechtlich Geltung erlangt haben, ist im Gegensatze zu der voraufgehenden zu bejahen, namentlich auch in der Hinsicht, daß dort Eintragungen auf den Eigentümer gestattet erscheinen.

Schon nach der geschichtlichen Entwickelung des Hausbuchbetriebes für Warnemünde bis 1830 lag es nahe, das für Rostock von da ab geltende Recht als auch für Warnemünde normierend anzusehen. Dies hat auch in den Akten des Gewettes, betr. die neue Einrichtung des Warnemünder Hausbuchwesens, einen Ausdruck dahin gefunden, daß der derzeitige Dezernent des Gewettes Warnemünde als Vorstadt von Rostock, was freilich sachlich, wie schon angegeben, nicht ganz richtig war, bezeichnet. Seitdem ist in der streitigen wie freiwilligen Gerichtsbarkeit seitens des Gewettes stets in einer Weise verfahren, die nur dann verständlich erscheint, wenn die fraglichen landesgesetzlichen Bestimmungen als normierend angesehen wurden, und auch für den Hausbuchbetrieb selbst ist das Gewette den materiellrechtlichen Bestimmungen der Stadtbuchordnung nachgegangen. Wie die Nachweisungen des Vertreters der Nebenintervenientin ergeben, ist namentlich bei Klagen aus Hausbuchschriften das für Klagen aus Stadtbuchschriften nach der Stadtbuchordnung, bzw. der revidierten Stadtbuchordnung, vorgeschriebene besondere Prozeßverfahren eingehalten. In Subhastations- und Konkursfällen ergingen die Proklame den Bestimmungen der Stadtbuchordnung gemäß, indem namentlich die intabulierten Gläubiger von der Pflicht zur Anmeldung des eingetragenen Kapitals für befreit erklärt wurden. In dem Verteilungsverfahren in Anlaß solcher General- oder Spezialkonkurse wurden neben den Kapi-

talien rückständige Zinsen nur für den in der Stadtbuchordnung bestimmten Zeitraum loziert, während die weiter rückständigen Zinsen samt den Kosten erst hinter allen Intabulaten zur Hebung kamen. Auch bei den Erbschaftsregulierungen sah man die Landes-Stadtbuchordnung als normierend an, sowie nicht minder beim Hausbuchbetriebe. Namentlich wurden Proklame zur Ausschließung des eingetragenen Rechts, sowie zur Mortifikation verloren gegangener Stadtbuchschriften, und endlich zur Berichtigung des Besitztitels, wie solche die Stadtbuchordnung, bzw. die revidierte Verordnung über den transitorischen Betrieb gestatten, erlassen. Alle diese Proklame, die als solche stets einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, als ohne dieselbe ergangen um deswillen anzusehen, weil in ihnen eine Bezugnahme auf das objektive, sie gestattende Recht nicht enthalten ist, erscheint nicht gerechtfertigt. Und wenn einmal ein Proklam „nach Analogie des § 8 Ziffer 6 der revidierten Stadtbuchordnung" erlassen ward, so widerspricht auch dies der Auffassung des Klägers, denn es handelte sich in dem fraglichen Falle um Verlassung eines Grundstückes, welches zum neuen Hausbuche noch nicht verlassen war, also um einen Fall, auf welchen nicht die revidierte Stadtbuchordnung, sondern die revidierte Verordnung über den transitorischen Betrieb des Stadtbuchwesens anzuwenden war. War in letzterer eine den konkreten Fall betreffende Norm nicht enthalten, so zeigt die analoge Anwendung der ersteren, selbst wenn sie mit Unrecht erfolgt sein sollte, daß der Dezernent die revidierte Stadtbuchordnung als geltendes Recht ansah.

Selbst der Umstand, daß der Betrieb des Hausbuchwesens zu Warnemünde in manchen Punkten von den Vorschriften der Stadtbuchordnung und der für deren Handhabung erlassenen Instruktionen abweicht, gestattet es dem vorstehend Hervorgehobenen gegenüber nicht, mit dem Kläger anzunehmen, daß die Stadtbuchordnung als für Warnemünde normierend nicht anzusehen sei. Dies gilt namentlich von den Abweichungen, die sich in gleicher Weise beim Betriebe des Stadtbuchwesens für Rostock, für welches die Stadtbuchordnung durch die statutarische Verordnung vom 18. Januar 1830 ausdrücklich für anwendlich erklärt

wurde, finden, und, nachdem sie zur Kenntnis der Landesherrschaft gelangt waren, bei Bestand gelassen sind. Dahin gehört namentlich, daß, obwohl für jedes Grundstück besondere Folien angelegt wurden, diese nicht in drei Rubriken geteilt und darnach die Eintragungen nicht nach der Verschiedenheit ihres Inhalts getrennt, sondern hintereinander lediglich in chronologischer Folge beschafft sind, daß die Eintragungen nicht in tabellarischer, sondern in protokollarischer Form ausgeführt werden, daß den Attesten über die der zweiten und dritten Rubrik angehörigen Eintragungen Belastungsurkunden nicht angeheftet sind, sondern der für diese bestimmte Inhalt in die Hausbuchschriften aufgenommen ist, daß die Eintragungen zum Hausbuche, bzw. die über solche ausgestellten Atteste von den Dezernenten nicht, sondern nur von den Sekretären der Behörde unterzeichnet werden, und daß neben den protokollarischen Eintragungen weitere Protokollbücher in chronologischer Ordnung nicht geführt, bzw. zu denselben in gleicher Ordnung Aktenstücke zu Generalakten nicht gesammelt werden. Wenn in jüngerer Zeit für den Stadtbuchbetrieb in Betreff der Stadt Rostock selbst die Unterschrift der Intabulationsatteste durch die Dezernenten angeordnet ist, bzw. für Eintragungen auf eigenen Namen Belastungsurkunden gefordert werden, auch die Verlassungen zu einem besonderen Buche, also getrennt von den Eintragungen zweiter und dritter Rubrik, erfolgen, so relevieren diese rein formellen Abweichungen sicherlich nicht. Und selbst der Umstand, daß die Verlassungen in Warnemünde, in Abweichung von dem sonstigen Betriebe in Rostock, ohne voraufgehende Verkündigung erfolgen, ist nicht von der Bedeutung, daß deshalb die gewohnheitsrechtliche Geltung der materiellrechtlichen Bestimmungen der Stadtbuchordnungen für Warnemünde geleugnet werden müßte. Es wird trotzdem den Verlassungen der nach der Stadtbuchordnung ihnen zukommende Rechtsbestand beigemessen werden müssen, und kann nur zur Frage stehen, ob nicht die Behörde durch Unterlassung der Verkündigung sich regreßpflichtig machen kann. Hervorgehoben braucht weiter auch nur zu werden, daß die Verwendung des Gewettssiegels statt des Stadtsiegels unter den Intabulatsattesten nie-

mals von Relevanz sein kann, und daß ein Stempelabdruck statt eines Siegels unter denselben nicht blos in Warnemünde und Rostock, sondern in allen Städten des Landes in jüngerer Zeit üblich geworden ist, so daß auch aus diesen Momenten ein Ungültigkeitsgrund für das hier fragliche Intabulationsattest nicht, wie Kläger meint, entnommen werden kann. — Und wenn endlich für auf Warnemünder Gebiet errichtete Erbpachtmühlen einmal die Anwendung der Domanialhypothekenordnung beabsichtigt, bzw. einmal durchgeführt ist, so geschah dies doch nur nach zuvorigem Beschluß seitens des Rats und der Quartiere zu Rostock, also derjenigen Organe, welchen die Gesetzgebung über Warnemünde zusteht, so daß danach Schaffung eines singulären Rechtszustandes für diese Teile des Territoriums von Warnemünde beabsichtigt sein kann, also der vom Kläger daraus gezogene Schluß, für Warnemünde sei die Stadtbuchordnung nicht normierend geworden, nicht gerechtfertigt erscheint.

Aller erwähnten Abweichungen ungeachtet halten denn auch die als Zeugen Vernommenen, frühere bzw. jetzige Vorsitzende und Sekretäre des Gewetts zu Rostock, die Landesstadtbuchordnung in Betreff ihrer materiellrechtlichen Vorschriften für Warnemünde normierend. Die von Einzelnen geäußerten Bedenken beziehen sich, abgesehen von den hervorgehobenen, lediglich formalen Punkten, nur darauf, ob auch die späteren Änderungen der Stadtbuchordnung von 1829, namentlich die revidierte Stadtbuchordnung von 1857, sowie die hier vorzugsweise relevierende Landesverordnung vom 21. März 1859 (Regierungs-Blatt 17), betr. Eintragungen auf den Eigentümer, für Warnemünde geltend geworden seien. Indessen auch die revidierte Stadtbuchordnung, sowie die Eintragungen auf den Eigentümer haben dieser Bedenken Einzelner ungeachtet unausgesetzt Anwendung gefunden, und hat auch nur aus jüngster Zeit, als schon die jetzt streitige Frage ventiliert ward, ein Fall konstatiert werden können, in welchem auf Anraten des Gewettssekretärs der Antragsberechtigte den beabsichtigten Antrag auf Intabulation einer Eigentümerhypothek unterließ.

Zu allen erwähnten, für den Beweis gewohnheitsrechtlicher

Rezeption der Landesstadtbuchordnung und deren Ergänzungen sowie Abänderungen für Warnemünde relevanten Momenten tritt nun endlich noch hinzu, daß auch der Magistrat der Stadt Rostock in Rekursfällen, wenn auch nur in jüngster Zeit, Entscheidungen in Grundlage der revidierten Stadtbuchordnung erlassen, diese also als normierend angesehen hat, daß derselbe durch ein Attest vom 6. März 1883 bezeugt, es bestehe für Warnemünde ein konstanter Rechtsgebrauch hinsichtlich der Zulässigkeit der Eintragungen auf den Namen der Eigentümer, und daß auch ältere Verfügungen des Magistrats die Anwendung der Stadtbuchordnung für Warnemünde, als mit seiner Zustimmung erfolgt, erkennen lassen, so namentlich die städtische Exekutionsordnung vom 6. Juli 1836 §§ 15 und 19 (Blanck, Seite 479—481), sowie die städtische Verordnung vom 14. Juni 1858, betr. die Anwendung der Landesherrlichen Exekutions- und Subhastations-Ordnung vom 30. September 1857.

Abgesehen von der besprochenen, für die gewohnheitsrechtliche Geltung der Landesstadtbuchordnung und ihrer Erweiterungen sowie Änderungen in Warnemünde relevanten Übung bedarf es indessen, um das Gewohnheitsrecht als entstanden anzusehen, noch einer Erörterung darüber, ob Rechtssätze der hier fraglichen Art überhaupt gewohnheitsrechtlich Geltung erlangen können, ob die Übungsfälle als Ausdruck einer Rechtsausübung angesehen werden können, und ob der ihnen etwa zum Grunde liegende Irrtum die Möglichkeit, ein Gewohnheitsrecht als entstanden anzusehen, ausschließt.

a. In ersterer Beziehung scheint das Gericht erster Instanz nach den Gründen des angefochtenen Urteils Bedenken deshalb gehegt zu haben, weil es sich hier um von Formvorschriften abhängige Normen handelt, bzw. weil die Eigentümerhypothek ein ganz singuläres Rechtsinstitut sei, indessen schließen beide Gründe, auf die auch der Kläger hingewiesen hat, die Zulässigkeit der Annahme eines Gewohnheitsrechts nicht aus. Zunächst kann der Inhalt eines Rechtssatzes, namentlich der Umstand, daß danach Formen für die Entstehung eines subjektiven Rechts der Einzelnen zu wahren sind, dessen gewohnheitsrechtliche Rezeption

niemals hindern, wie sich schon daraus ergiebt, daß manche, wenn freilich nicht alle, im römischen Rechte geltende Formvorschriften gewohnheitsrechtlich in Deutschland Geltung erlangt haben, und daß das Gleiche auch dort vorgekommen ist, wo das lübische Recht gewohnheitsrechtlich rezipiert worden. Nicht minder muß sodann weiter aber auch die Zulässigkeit gewohnheitsrechtlicher Rezeption singulärer Rechtsinstitute, wobei auf die gleichen Beispielsfälle hingewiesen werden mag, behauptet werden. Ohnehin ist die Eigentümerhypothek in dem einheimischen Rechte keine derartige Singularität, daß deren gewohnheitsrechtliche Feststellung als Abnormität auffallen könnte. Schon das Rostocker Stadtrecht, obwohl es die Hypothek an Immobilien nur als accessorisches Recht ansah, gewährte dem Intabulatgläubiger ein durch Verjährung von Jahr und Tag unanfechtbar werdendes Recht, schloß also nicht nur die Einreden des Schuldners gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern, bei erfolgter Eintragung einer Cession, auch gegenüber dem neuen Gläubiger aus, so daß danach auch die Einreden des Schuldners gegen den Cedenten, selbst die Einrede der Zahlung, beseitigt werden, und daß weiter sogar die Hypothek für einen ganz anderen Schuldgrund, als für welchen sie bestellt war, fortdauern und verwendet werden konnte. Wesentlich weiter ging sodann die Landesstadtbuchordnung von 1829, wonach die nur durch Eintragung im Stadtbuche entstehende Hypothek, obgleich auch sie nur als accessorisches Recht bezeichnet ward, nur durch Tilgungsvermerk im Stadtbuche untergehen sollte, und wonach namentlich, vgl. § 17 derselben, der eingetragene Gläubiger bei erfolgter Befriedigung zur Erteilung einer Cession statt einer Quittung verpflichtet erklärt ward. Dieser Cession lag nicht ein Rechtsgeschäft zwischen Cedenten und Cessionar, sondern es lagen ihr zwei Rechtsgeschäfte, eins zwischen dem Cedenten und dem Schuldner, und ein zweites zwischen Cessionar und Schuldner zum Grunde. Der Schuldner, dem das Kapital gekündigt war, machte eine neue Anleihe und wies den alten Gläubiger an, die Hypothek dem neuen Darleiher zu cedieren, so daß er, der Schuldner, also sachlich die Hypothek zurückerwarb und weiter übertrug. Dadurch

wurde es, namentlich durch Erteilung von Blankocessionen schon derzeit ermöglicht, die Hypothek in der Person des Schuldners für künftige neue Anleihen, wenn auch in ruhendem Zustande, zu konservieren, ja sogar durch Eintragungen auf den Namen eines bloßen Bevollmächtigten und Erteilung einer Blancocession seitens desselben, im Voraus für künftige Anleihen Hypotheken zu konstituieren, wie, vgl. Rostocker Rechtsfälle III, Seite 185 Ziffer 40, durch gerichtliche Entscheidung aller Instanzen anerkannt ist. In Fortentwickelung dieser Rechtsgrundsätze ward, nachdem die revidierte ritterschaftliche Hypothekenordnung in dieser Hinsicht vorangegangen war, in der revidierten Stadtbuchordnung von 1857 die Hypothek zu einem von dem unterliegenden Schuldverhältnisse unabhängigen selbständigen Zahlungsversprechen, vgl. § 19 Absatz 2, umgewandelt, welches als ein auch jedem späteren Erwerber der Hypothek erteiltes anzusehen ist, dem keine Einreden aus der Person des Vormannes und aus dem früher unterliegenden Schuldverhältnisse, nach § 38 Ziffer 1 und 2 daselbst, entgegenstehen. Eine Konsequenz dieser Bestimmungen über die Indifferenz der Hypothek gegen den ursprünglichen Schuldgrund, ihrer Verwendbarkeit für eine Reihe successiver Schuldgründe, und der Möglichkeit, Hypotheken für künftige Anleihen im Voraus zu schaffen, ist die Zulassung der Eigentümerhypothek durch die Verordnung vom 21. März 1859, wonach die, nach einheimischem Rechte nur durch Eintragung im Stadtbuche entstehende und nur durch Tilgung in demselben untergehende Realobligation mittels Formalaktes zwecks künftiger Verwendung im Voraus für den Eigentümer kreiert wird, aber, wenn sie auch noch ruht, doch sofort rechtsgültig entsteht und nur einstweilen unwirksam ist, bis das Gläubiger- und Schuldverhältnis sich an verschiedene, getrennte Personen geknüpft hat. — Berücksichtigt man die vorstehende Entwickelung des für die gesamten Städte des Landes geltenden Rechts, berücksichtigt man, daß der dadurch geschaffene Rechtszustand auch für Rostock normierte, und daß die Eigentümerhypothek auch in der revidierten ritterschaftlichen Hypothekenordnung, sowie, wenn auch erst später, für das Gebiet der Domanialhypothekenordnung Anwendung

gefunden hat, so kann man deren Rezeption für Warnemünde nicht auffallend finden, und zwar um so weniger, da der Rostocker Magistrat die Eigentümerhypothek 1865 auch für die auf seinem Gebiete außerhalb der Stadtfeldmark belegenen Erbpachtstellen zugelassen hat, also nicht wohl gesonnen sein konnte, deren Zulässigkeit für Warnemünde zu beanstanden.

b. Daß die Übungsakte als Rechtsübungsakte, also opinione necessitatis, vorgenommen sind, läßt sich, insoweit es sich um den Inhalt lediglich der Stadtbuchordnungen von 1829 und 1857 handelt, mit gutem Grunde nicht wohl bezweifeln, wenn man nur die Fälle der Klagen nach dem in der revidierten Stadtbuchordnung vorgeschriebenen Verfahren, und die Behandlung der Subhastationen von Grundstücken bzw. von Konkursen in Betreff der Warnemünder Grundstücke berücksichtigt. Nicht bloß bei den die streitige Gerichtsbarkeit übenden Behörden muß danach die opinio necessitatis als vorhanden angesehen werden, sondern sicherlich auch bei den Privaten, die ihre Rechtsverhältnisse in Grundstücksachen zwangsweise nach der Stadtbuchordnung konstant geregelt sahen, bzw. selbst ordneten. — Nur etwa hinsichtlich der Eigentümerhypothek könnten Bedenken rege werden, und wohl auch nur in dieser Hinsicht haben solche in den Gründen des angefochtenen Urteils sowie seitens des Klägers erhoben werden sollen. Aber auch insofern erscheinen sie nicht gerechtfertigt, wenn man die vielfachen Eintragungen auf den Namen der Eigentümer berücksichtigt, die, weil sie des Antrags der Interessenten bedurften, auch deutlich ergeben, daß selbst diese von dem Glauben durchdrungen sein mußten, sie seien zu solchen Rechtsakten befugt, und erzeugten durch solche die zur Sicherung ihrer Gläubiger notwendigen rechtlichen Verpflichtungen, — und wenn man daneben weiter erwägt, daß nach dem unter a. Gesagten die Eigentümerhypothek nur eine Fortentwickelung der in dem für Warnemünde durch Gewohnheitsrecht zur Geltung gelangten Landesstadtbuchordnungen enthaltenen Rechtsgrundsätze ist, deren Uranfänge schon in dem Rostocker Stadtrechte zu suchen sind.

c. Endlich ist gegen die gewohnheitsrechtliche Rezeption der

landesrechtlichen Vorschriften für das Stadtbuchwesen in Warnemünde Bedenken deshalb erhoben, weil die Übungsfälle auf einen Rechtsirrtum zurückzuführen seien. Indessen, wenn auch ein solcher die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes zu verhindern vermag, so trifft dies, vgl. Zitelmann „Gewohnheitsrecht und Irrthum" im Archive für civilistische Praxis, Band 66 Seite 323—468, sowie Windscheid, Pandekten § 16 Absatz 1 Ziffer 5, nicht unter allen Umständen zu, und würde hier dessen ausschließende Wirksamkeit negiert werden müssen. Es handelt sich zunächst im vorliegenden Falle nicht um Feststellung des Inhalts eines kontroversen Rechtssatzes, für welchen Fall vorzugsweise die hindernde Kraft des Rechtsirrtums behauptet zu werden pflegt, sondern um Anwendung von Rechtssätzen, die von den bisher geltenden vollständig abweichen. Sodann aber ist die Übung über 50 Jahre, also so lange fortgesetzt, daß die vielleicht anfänglich vorhandene rechtsirrtümliche Auffassung als eine wahre Überzeugung der Übenden wird angesehen werden müssen. Dies gilt auch hinsichtlich des Inhalts der Landesherrlichen Verordnung vom 21. März 1859, betreffend die Eintragungen auf den Eigentümer, die seit jener Zeit, wie dargethan ist, vielfach vorkam, auch wie obstehend nachzuweisen versucht ist, als Fortentwickelung schon rezipierter Rechtssätze angesehen werden kann. Der anfänglich vorhandene Rechtsirrtum, daß Warnemünde eine Vorstadt von Rostock sei, oder richtiger zur Stadtfeldmark von Rostock gehöre, ist, wenn er überhaupt als vorliegend sollte angenommen werden können, im Laufe der Zeit so sehr zurückgetreten, daß die später Übenden sich desselben nicht bewußt waren, sondern die Übungen ihrer Vorgänger sich unbewußt als Richtschnur und Norm dienen ließen, wie von einzelnen der vernommenen Zeugen direkt bestätigt, übrigens aber auch aus der konstanten Übung erkennbar wird. Danach würde denn auch die etwa zuerst vorhanden gewesene rechtsirrtümliche Anwendung, sei es der Stadtbuchordnungen selbst, sei es der mehrerwähnten Landesverordnung vom 21. März 1859, ein Hindernis für die Annahme des vom Beklagten behaupteten Gewohnheitsrechts nicht bilden.

Als Resultat der Ausführungen unter 3 bis 6 ergiebt sich somit, daß statutarisch für Warnemünde ein besonderes Hypothekenrecht nicht erlassen ist, daß aber für dasselbe die landesherrlich erlassenen Stadtbuchordnungen von 1829 und 1857, sowie die dazu erlassene, die Eigentümerhypothek betreffende Landesherrliche Verordnung vom 21. März 1859 gewohnheitsrechtlich Geltung erlangt haben, wenn diese gesetzlichen Bestimmungen nicht, was dahingestellt bleiben kann, direkt als für Warnemünde miterlassen anzusehen sind.

---

## 10. Die solidarische Verhaftung der Mitglieder einer eingetragenen Genossenschaft erstreckt sich nicht auf deren Erben. Wo. 39/1884.

In dem Konkurse über das Vermögen eines Vorschußvereins E. G. wurden wegen des ungedeckt gebliebenen Teilbetrags einer Wechselforderung die fünf Erben eines früheren Mitgliedes belangt. Der Kläger berief sich auf die im § 51 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 vorgeschriebene solidarische Haftung. Die Verurteilung erfolgte der Klagbitte gemäß ohne ausdrückliche Bestimmung darüber, ob jeder Beklagte für das Ganze oder nur nach Maßgabe seines Erbteils hafte.

Die Berufung wurde durch Urteil vom 30. April 1884 als gegenstandslos zurückgewiesen.

### Gründe.

Die Solidarität der Haftung eines Genossenschafters überträgt sich nicht auf seine Erben, dieselben haften vielmehr, insoweit nicht die Unteilbarkeit des geschuldeten Gegenstandes oder sonstige besondere Umstände eine weitergehende Verpflichtung begründen, nur nach Verhältnis ihrer Erbteile, also wenn diese nicht anderweitig festgesetzt sind, nach Kopfteilen. Weiter ist es ein unbestrittener Rechtssatz, daß allgemein die Haftung mehrerer Schuldner im Zweifel als eben diese geringere nach Kopfteilen anzunehmen ist, während die solidarische stets besonders begründet werden muß. Dieser Satz, welcher in der l. 1 C. si plures una sententia condemnati sunt 7, 55 spezielle Anwendung

auf den hier vorliegenden Fall gefunden hat, steht nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen der Civilprozeßordnung und ist deshalb hier entscheidend. Das angefochtene Urteil spricht ganz allgemein die Verurteilung der in Anspruch genommenen fünf Erben zur Zahlung der auf ihre Anteile zusammen fallenden Summe aus, ohne in der Formel oder in den Gründen einer Haftung jedes einzelnen Erben für die ganze Summe zu gedenken, — hierin ist nach dem Obigen nur eine Haftung nach Kopfteilen enthalten. Daß Letzteres nicht besonders gesagt, auch die auf jeden einzelnen Kopf fallende Summe nicht genannt ist, ändert hieran nichts, da gerade die auf das Ganze gehende Haftung einer besonderen Festsetzung bedurft hätte. Demnach war die Berufung der Beklagten in der angegebenen Richtung, da das Urteil bereits dasjenige enthält, was die Beklagten verlangen, gegenstandslos.

---

## 11. Zu § 10 und § 94 der Civilprozeßordnung.
### Fe. 30/1884.

Der Rechtsanwalt F. war von einer durch ihn vertreten gewesenen Partei auf Herausgabe der Handakten beim Landgerichte belangt und hatte dagegen u. A. die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts aus dem Grunde vorgeschützt, weil der Wert des Streitobjekts die Summe von 300 Mk. nicht übersteige. Durch Zwischenurteil wurde diese Einrede verworfen und sodann durch Endurteil über den Kostenpunkt entschieden, nachdem die Hauptsache durch Herausgabe der Handakten erledigt war.

Gegen beide Urteile legte der Beklagte Berufung ein, die Rechtsmittel wurden aber durch Urteil vom 17. April 1884 als unzulässig verworfen.

### Gründe.

Der auf Herausgabe der im Thatbestande erwähnten Handakten bei dem hiesigen Landgerichte erhobenen Klage hat der Beklagte die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entgegengesetzt und dieselbe, was nach seiner einschränkenden Erklärung in gegenwärtiger Instanz jetzt allein in Betracht kommt, darauf gestützt, daß der Wert des Streitgegen-

standes die die sachliche amtsgerichtliche Kompetenz begrenzende Summe von 300 Mk. nicht überschreite. Diese Einrede hat das Landgericht, ohne auf dieselbe sachlich einzugehen, durch das angefochtene Zwischenurteil als formell unzulässig verworfen, weil sie, entgegen der Vorschrift des § 247 der C.-Pr.-O. nicht gleichzeitig mit der aus anderem Grunde in erster Instanz vorgeschützten (jetzt aufgegebenen) Kompetenzeinrede vor dem Eintritte des Beklagten in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht sei. Das Landgericht nimmt damit ergebnisweise seine eigene Zuständigkeit in Gemäßheit einer zulässigen Vereinbarung der Parteien im Sinne der §§ 38 und 39 der C.-Pr.-O. als begründet an, und hat demzufolge dann auch zur Sache das ebenfalls durch Berufung angefochtene Endurteil erlassen. — Kann nun nach der Bestimmung des § 10 der C.-Pr.-O. das Urteil eines Landgerichts nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die amtsgerichtliche Zuständigkeit begründet gewesen sei, ist mithin in dieser Beziehung der Ausspruch des Landgerichts endgültig maßgebend, so folgt daraus, daß auch das einen solchen Kompetenzeinwand zurückweisende, nach § 248 der C.-Pr.-O. ergangene Zwischenurteil einer Anfechtung überhaupt nicht unterliegt. Der § 472 der C.-Pr.-O. stellt zwar die grundsätzliche Regel auf, daß gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile Berufung stattfinde, und werden im § 248 Zwischenurteile, durch welche (abgesondert) prozeßhindernde Einreden verworfen werden, in Betreff der Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellt. Jene Regel wird aber durch die Vorschrift des § 10, welche auf der Erwägung beruht, daß es einer Partei präsumtiv nicht zur Beschwerde gereicht, wenn ein Kollegialgericht statt eines Einzelrichters entschieden hat, beschränkt (vgl. die Kommentare von L. Seuffert und Struckmann und Koch zum § 10 und die weiteren Nachweisungen in J. A. Seuffert's Archiv, N. F. Bd. 8 nr. 261). Die nur in der gedachten Richtung gegen das vorliegende Zwischenurteil erhobene Berufung des Beklagten war daher als unzulässig zu verwerfen.

Auch die Berufung gegen das ergangene Endurteil ist unzulässig. Durch dasselbe wird das Versäumnis-Urteil vom

22. Oktober v. J., welches die Klage, unter Verurteilung des Klägers in die Kosten des Rechtsstreits, abwies, auf Grund des erhobenen Einspruchs aufgehoben, und werden die Kosten mit Ausnahme der vom Kläger zu tragenden Versäumniskosten, dem Beklagten auferlegt, auch wird das Urteil hinsichtlich dieser Verurteilung des Beklagten für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Hauptsache hatte bereits im Verlaufe der Prozeßverhandlung durch Herausgabe der eingeklagten Handakten an den Kläger ihre Erledigung gefunden, und hat sich deshalb die Entscheidung hierauf nicht erstreckt. Auch bildet nach der Erklärung des Berufungsklägers allein der Kostenpunkt den Gegenstand seiner Beschwerde. Ob in einem solchen Falle die Bestimmung des § 94 der C.=Pr.=O.:

> Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, —

eine Berufung ausschließt, ist eine sowohl in der Theorie wie in der Praxis, auch in derjenigen des Reichsgerichts, vielbestrittene und in entgegengesetztem Sinne beantwortete Frage. Durch Urteil der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1883 (abgedruckt in der besonderen Beilage Nr. 1 zum deutschen Reichsanzeiger vom Jahre 1884) wird die Frage jetzt prinzipiell verneint, und hat sich das Oberlandesgericht gegenwärtig dieser Auffassung des höchsten Gerichtshofes und der dortigen, für wesentlich zutreffend erachteten Begründung, auf welche hier statt weiterer Ausführung Bezug genommen wird, angeschlossen.

---

## 12. **Vorzug des älteren Vertragspfandrechts vor dem Pfändungspfandrechte im Konkurse.** Ee. 21/1884.

Am 19. Dezember 1882 wurde über das Vermögen des Kaufmanns A. zu P. der Konkurs eröffnet. Vorher hatten die Kaufleute E. & Co. den A. wegen einer ihnen gegen denselben zustehenden und eingeklagten Waaren-

forderung von 835 Mk. 18 Pf. nebst 6 pCt. Zinsen seit dem 6. Dez. 1882 und 70 Mk. 15 Pf. Anwaltskosten pfänden lassen; die gepfändeten Mobilien sind demnächst von dem Konkursverwalter öffentlich an den Meistbietenden verkauft und haben einen Erlös von etwa 1000 Mk. gebracht. Andererseits hatte der Kaufmann F. gegen den Gemeinschuldner A. eine von E. & Co. in dem Prüfungstermine zum Betrage von 3000 Mk. anerkannte Waarenforderung, für welche von dem Schuldner am 9. Juli 1879 ein gleichsam öffentliches, am 27. September 1881 zum Vorrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragenes Generalpfandrecht bestellt worden. F. verlangt nun klagend von E. & Co., vor ihnen aus den gerichtlich hinterlegten 1000 Mk. befriedigt zu werden.

Zunächst wurde durch Versäumnisurteil gegen die nicht erschienenen Beklagten dem Antrage gemäß erkannt; in Folge Einspruchs der Beklagten erging sodann aber im kontradiktorischen Verfahren ein die Klage abweisendes Erkenntnis. In der Berufungsinstanz wurde dasselbe durch Urteil vom 25. Mai 1884 aufgehoben und das Versäumnisurteil wiederhergestellt.

## Gründe.

Die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits hängt allein von der Beantwortung der Rechtsfragen ab, ob die einheimische Gesetzgebung den vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Vertragspfandrechten für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Schuldners ein Vorrecht gegenüber den nach der Konkursordnung Berechtigten gewähren durfte, bzw. gewährt hat. Beide Rechtsfragen sind in der einheimischen Rechtsprechung verschieden beantwortet, wie sie auch von dem Landgerichte zu N. in dem anhängigen Rechtsstreite insoferne verschieden beurteilt sind, als dieses Gericht durch die Erlassung des Versäumnisurteils vom 12. Dezember 1882 dieselben bejaht, nach dem dagegen von den Beklagten erhobenen Einspruch aber durch das auf kontradiktorische Verhandlung ergangene, jetzt angefochtene Urteil vom 25. Februar 1884 verneint hat. Von dem Reichsgericht sind beide Fragen in dem von den Beklagten in Bezug genommenen Revisionsurteil vom 6. Oktober 1880 verneint, und ist der eventualiter nicht zu beanstandende Ausspruch hinzugefügt, daß, wenn die mecklenburgischen Ausführungsverordnungen dennoch — wie jedoch von dem Reichsgerichte eben nicht angenommen wird — ein solches Vorrecht für den Fall des Konkurses zugelassen hätten, diese Bestimmung gegenüber dem

— seiner Ansicht nach solches Vorrecht nicht zulassenden — Reichsgesetze keine Geltung haben würde. Die in dem angezogenen reichsgerichtlichen Urteil entwickelten Grundsätze und folgeweise die daraus gezogenen rechtlichen Konsequenzen haben von v. Wilmowski in der 2. Ausgabe seines Kommentars zur Konkursordnung 1881 ad § 13 des bezüglichen Einführungsgesetzes Seite 534 bis 536 und von Barkhausen im 26. Jahrgange (6. Jahrgang der 3. Folge) der Gruchot'schen, jetzt Rassow-Küntzel'schen Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 1882 nr. 34 S. 807 ff., von dem Letzteren selbständig, wenigstens ohne Berücksichtigung der schon erschienenen v. Wilmowski'schen Erörterung eine ausführliche Besprechung gefunden, und stimmen beide genannten Schriftsteller in der Bekämpfung der reichsgerichtlichen Grundsätze überein, wenn sie gleich unter sich teilweise in der Konstruktion des ganzen Verhältnisses und wenigstens unter Umständen zu etwas abweichenden praktischen Ergebnissen gelangen. Das Oberlandesgericht hat sich gleichfalls von der Richtigkeit der reichsgerichtlichen Entscheidung nicht zu überzeugen vermocht, hat deshalb auch ungeachtet derselben seine von Anfang an gewonnene und seitdem in wiederholten Fällen — nicht bloß in dem im 2. Bande der Mecklenburgischen Zeitschrift mitgeteilten — konstant angewandte, die obigen Fragen bejahende und im Wesentlichen mit der von v. Wilmowski entwickelten übereinstimmende Ansicht festgehalten, findet sich auch bei erneuerter, aus Veranlassung des ihm gegenwärtig zur Entscheidung vorliegenden Falles vorgenommener Prüfung nicht veranlaßt, von derselben abzugehen, wenn es gleich nicht verkennt und allein schon die Auktorität des von einer anderen Anschauung ausgehenden Reichsgerichts beweist, daß die bezeichnete Frage eine streitfähige ist; vgl. auch Seuffert in der 3. Ausgabe seines Kommentars zur Civilprozeßordnung ad § 23 des Einführungsgesetzes zu derselben S. 1014 nr. 2, wo derselbe ohne weitere Begründung, aber unter Verweisung auf das angezogene Urteil des Reichsgerichts den Satz ausspricht, daß das auf Grund des § 23 cit. landesgesetzlich gewährte Vorzugsrecht vor dem Pfändungspfandrecht nicht im Konkurse des Schuldners gelte.

Für die Zeit vor Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners A. war der Anspruch des F. auf vorzugsweise Befriedigung vor E. & Co. aus den für diese abgepfändeten Vermögensgegenständen unzweifelhaft begründet, und ist die entscheidende Frage, ob dies Vorzugsrecht mit dem Konkurse und durch denselben beim Vorhandensein von Absonderungsrechten bezüglich der Absonderungsobjekte in Wegfall kommt. Mit der Geltendmachung eines begründeten Absonderungsrechts scheiden die Absonderungsobjekte aus der Konkursmasse aus, sie gehören nicht weiter zu derjenigen Konkursmasse, aus welcher nach § 50 der Konkursordnung die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen waren, und welche für die gemeinsame Befriedigung zu verwerten und zu verwenden war (§§ 3, 107 K.-O.) Eine Beziehung des Absonderungsberechtigten zur Konkursmasse bleibt indessen noch insofern bestehen, als er den Überschuß, welchen das Absonderungsobjekt nach Berichtigung seiner Forderung aufbringen möchte, zur Konkursmasse abzuliefern hat. Was er aber vom Erlöse behalten darf, das entzieht er definitiv der Konkursmasse, und damit ist er nicht für Schulden und Lasten der Konkursmasse (§ 50 K.-O.) verhaftet; dieser Betrag ist folgeweise auch dem Einflusse des § 12 des Einführungsgesetzes und des § 18 der einheimischen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung vom 26. Mai 1879 entzogen. Die Anwendlichkeit des § 51 der Mecklenburg-Strelitz'schen Ausführungsverordnung zur Civilprozeßordnung vom 21. Mai 1879 würde daher nicht eine Erweiterung der bisherigen Rechte, sondern nur eine Aufrechthaltung derselben dem Absonderungsrechte gegenüber in sich schließen. In dieser Beziehung bedarf es nur des Hinweises auf den Fall, wenn nach dem früheren Rechte Sachen aus der Konkursmasse vindiziert wurden, welche der Generalhypothek eines der Konkursgläubiger unterworfen waren: Die erfolgreiche Durchführung der Vindikation dem Konsortium der Kreditoren gegenüber entzog dem Hypothekengläubiger die Geltendmachung seiner separaten Rechte dem Vindikanten gegenüber nicht.

Durch den § 23 des Einführungsgesetzes und § 51 der

Ausführungsverordnung zur Civilprozeßordnung ist die Rechtsnorm gesetzt, daß das Pfändungspfandrecht, obwohl es denjenigen Pfand- und Vorzugsrechten nach § 709 C.-P.-O. vorgeht, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind, dennoch wiederum den aus der Zeit vor dem 1. Oktober 1879 herrührenden und in den vorgedachten § 3 aufgeführten Pfandrechten nachstehen, diesen gegenüber also relativ unwirksam sein soll. Diese für den Fall der Einzelexekution gesetzte relative Unwirksamkeit ist unbeschränkt angeordnet und kann durch den Konkurs nur beseitigt werden, wenn durch denselben zugleich die Einzelexekution wegfällt. Wird diese aber kraft des Absonderungsrechts aufrecht erhalten, so muß auch das Vorrecht des älteren Generalhypothekars sich behaupten. Andernfalls wäre der Schutz des § 51 cit. ein ziemlich wertloser, indem der Pfändungspfandgläubiger bei Intervention eines älteren Generalhypothekars dessen Vorrecht durch Herbeiführung der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners völlig bedeutungslos machen könnte. Die Vorzugsrechte aus § 18 der Ausführungsverordnung zur Konkursordnung und § 51 der Ausführungsverordnung zur Civilprozeßordnung beziehen sich auf verschiedene Objekte, jenes auf die Teilungsmasse im Konkursverfahren, dieses auf den Erlös der Einzelexekution, sie ergänzen sich somit gegenseitig. Nach dieser Auffassung steht die Gewährung des bisherigen Vorrechts des vertragsmäßigen Pfandrechts auch im Konkursfalle mit Sinn und Wortlaut der Reichsgesetze nicht in Widerspruch und ist durch das Landesgesetz in diesem Umfange gewährt worden. Letzteres erhellt insbesondere aus § 8 der Verordnung zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung vom 3. Mai 1879 und § 63 der Verordnung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen vom 24. Mai 1879.

---

# Strafrecht und Strafprozeß.

**1. Strafgesetzbuch § 123. Sind die Empfangsgebäude und Perrons auf Bahnhöfen als Geschäftsräume oder abgeschlossene, zum öffentlichen Dienste bestimmte Räume anzusehen? Ist das Verweilen von Dienstmännern, Packträgern u. s. w. in solchen Räumen ein widerrechtliches, wenn dasselbe von der Eisenbahnverwaltung untersagt worden ist?**

Der Feriensenat des Oberlandesgerichts hat in einem Urteil de 25. Juli 1885 Ba. — — vorstehende Fragen bejahet.

Die Entscheidungsgründe, aus denen die thatsächlichen Feststellungen ersichtlich sind, lauten:

Gegen den Angeklagten, Dienstmann B. zu R., ist wegen Vergehens gegen § 123 Abs. 1 des St.-G.-B., begangen am 12. Februar d. J. in dem Bahnhofsgebäude zu R., das Hauptverfahren vor dem hiesigen Schöffengericht eröffnet. Durch Urteil desselben vom 5. April d. J. ist das Verfahren wider ihn eingestellt, und sind die Kosten der Staatskasse auferlegt, weil der Bahnhofsinspektor, welcher am 14. Februar den Strafantrag gestellt hatte, zur Stellung desselben nicht befugt sei. Seitens der Amtsanwaltschaft ist Berufung eingelegt. Nachdem die Direktion der Mecklenburgischen Friedrich-Franz-Eisenbahngesellschaft am 30. April/1. Mai bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts hieselbst einen schriftlichen Strafantrag gestellt hatte, ist Angeklagter durch Urteil der Strafkammer des gedachten Gerichts vom 6. Juni auf Grund des § 123 Abs. 1 des St.-G.-B. in eine Gefängnisstrafe von 3 Tagen sowie zur Tragung der Kosten des Verfahrens verurteilt. Angeklagter hat gegen

dieses Urteil frist- und formgerecht Revision eingelegt, die Revisionsanträge gestellt und dieselben begründet.

In dem angefochtenen Urteil ist das Nachstehende thatsächlich festgestellt. Von der Direktion der Mecklenburgischen Friedrich-Franz-Eisenbahngesellschaft wurde am 19. November 1879 für den Verkehr des Publikums auf dem hiesigen Bahnhofe eine Bekanntmachung erlassen, nach welcher Dienstmänner, Packträger u. s. w., welche ihre Dienste den Reisenden anbieten wollen, vor dem Empfangsgebäude in der Nähe einer zu diesem Zwecke angebrachten Wandtafel Aufstellung zu nehmen haben. Seit den ersten Tagen des Januar d. J. ist der neueingetretene Bahnhofsinspektor W. bemüht gewesen, jener in Vergessenheit geratenen Bekanntmachung wiederum Geltung zu verschaffen, und hat den als Perronwärter fungierenden Hülfstelegraphisten G. beauftragt, darauf zu sehen, daß die Dienstmänner sich nicht in den Thüren und auf den Gängen des Bahnhofsgebäudes aufstellen. Das Empfangsgebäude steht im Eigentum der Friedrich-Franz-Eisenbahngesellschaft. Der Inspektor W. ist mit der Verwaltung des Betriebes auf dem hiesigen Bahnhofe betraut. Am 12. Februar betraf G. eine Anzahl von Dienstmännern in der vom Perron in das Gebäude führenden Thüre stehend; er forderte sie auf, diesen Platz zu verlassen und sich auf den ihnen angewiesenen Standort zu begeben. Die Dienstleute leisteten dieser Anweisung Folge, bis auf den Angeklagten, welcher sich weigerte, der Aufforderung nachzukommen. G. sah sich daher genötigt, die Hülfe des Schutzmanns B. in Anspruch zu nehmen. Der Angeklagte beachtete aber auch die von diesem ausgehende Anordnung, das Empfangsgebäude zu verlassen, nicht und mußte mit Gewalt hinausgeschoben werden, kam sodann durch eine andere Thüre wieder in das Gebäude hinein und wich erst einer erneuten, durch die Drohung, von dem Vorfall Anzeige machen zu wollen, verstärkten Aufforderung des B. Der Behauptung des Angeklagten, daß er zur Ausführung des ihm von einem Reisenden erteilten Auftrags, einen Koffer zur Bahn zu bringen, das Bahnhofsgebäude betreten habe, ist kein Glaube beigemessen. Es ist nicht als erwiesen angenommen, daß Angeklagter, indem er der

in Vergessenheit geratenen Bekanntmachung von 1879 zuwider in dem Bahnhofsgebäude Aufstellung nahm, bewußt widerrechtlich in dasselbe eingedrungen sei, wohl aber, daß er, welcher dort ohne Befugnis verweilte, dadurch, daß er auf die Aufforderung des dazu berechtigten G. sich nicht entfernte und sogar nach seiner Entfernung zurückkehrte, mithin widerrechtlich eindrang, sich des Hausfriedensbruchs schuldig gemacht habe, und daß der nach dem ersten Urteil von der Eisenbahndirektion gestellte Strafantrag zur Herbeiführung seiner Bestrafung ausreichend sei. Die Revision hält den § 123 Abs. 1 des St.-G.-B. für verletzt, weil die Eisenbahndirektion nicht befugt sei, das Betreten derjenigen Räume, welche dem Publikum zeitweilig oder stets geöffnet sind, zu den betreffenden Zeiten bestimmten Personen oder Personenklassen zu versagen, weil ferner der Aufstellungsplatz des Angeklagten nicht mit dem angefochtenen Erkenntnis zu den Geschäftsräumen der Eisenbahngesellschaft oder zu den abgeschlossenen Räumen, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, zu rechnen sei, und demzufolge nur der § 62 des Bahnpolizeireglements von 1875 auf die That des Angeklagten Anwendung finde, und weil endlich durch die bloße Erklärung des Verbots das fernere Verweilen des Angeklagten, der durch sein Verhalten keinen Anlaß gegeben habe, ihn zum Entfernen aufzufordern, zu einem unberechtigten nicht geworden sei. Weiter ist die Revision darauf gegründet, daß in dem angefochtenen Erkenntnis der von der Eisenbahndirektion erst in der Berufungsinstanz gestellte Antrag auf Strafverfolgung Berücksichtigung gefunden habe. Die Angriffe der Revision sind jedoch verfehlt.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist der Angeklagte in der vom Perron in das Empfangsgebäude führenden Thür stehend fortgewiesen und trotzdem nach seiner Entfernung aus derselben in das Gebäude zurückgekehrt. Es ist auch ohne besondere Feststellung anzunehmen, daß die Thür auf den Flur des Gebäudes führt, und daß Angeklagter auf diesen Flur zurückgekehrt ist. Sowohl der Flur eines Empfangsgebäudes wie die Thür vom Perron zu demselben sind zu den Geschäftsräumen der Eisenbahngesellschaft zu rechnen, da sie, wenn

nicht noch zu anderen geschäftlichen Zwecken, jedenfalls zum Durchgang des reisenden Publikums zwecks Besteigens der Wagen bestimmt sind, und damit einem wesentlichen Teile der Erwerbsthätigkeit derselben dienen. Es ist aber auch mit der Entscheidung des Reichsgerichts in Blum's Annalen, Bd. 3 S. 246 f., davon auszugehen, daß es „keine Voraussetzung des Abgeschlossenseins eines Raumes ist, daß derselbe nach allen Seiten von körperlichen Vorrichtungen gegen die anliegenden Räume geschieden und umschlossen sei," und daß danach und in Berücksichtigung der Bestimmung des Bahnhofsperrons für die mit Personenzügen ankommenden und abgehenden Reisenden ein am Bahnhofsgebäude gelegener Perron auch ohne nähere Feststellung über seine Abscheidung als ein abgeschlossener, dem öffentlichen Dienst bestimmter Raum anzusehen ist. Demzufolge, und da der Platz in der Thür vom Perron in das Bahnhofsgebäude und der Flur desselben derselben Auffassung unterliegt, ist auch diese Voraussetzung für die Anwendung des § 123 Abs. 1 des St.-G.-B. vorhanden. — Nach § 53 des vom Bundesrat festgestellten Eisenbahnpolizeireglements in der Fassung vom 12. Juni 1878 müssen die Eisenbahnreisenden und das sonstige Publikum den allgemeinen Anordnungen nachkommen, welche von der Bahnverwaltung behufs Aufrechthaltung der Ordnung innerhalb des Bahngebiets getroffen werden, und haben den dienstlichen Anordnungen der Bahnpolizeibeamten Folge zu leisten. Zu den hiernach gestatteten und zu befolgenden Anordnungen sind die Vorschriften über den Aufstellungsplatz von Personen, welche dem Publikum ihre Dienste anbieten, zu zählen. Weder aus dem § 55 des Bahnpolizeireglements vom 4. Januar 1875 und dem § 5 des Betriebsreglements vom 11. Mai 1874 für die Eisenbahnen Deutschlands, welche von dem Verbot des Betretens der Bahnhöfe die „bestimmungsmäßig dem Publikum für immer oder zeitweilig geöffneten Räume" ausnehmen, noch aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich ein Recht der Dienstmänner oder sonstiger Gewerbetreibender, an beliebigen, ihnen konvenierenden Plätzen sich aufzustellen und damit möglichenfalls den bestimmungsmäßigen Verkehr auf den Bahnhöfen zu beeinträchtigen, herleiten. Ob

auch Personen, welche die Eisenbahn benutzen wollen, das Verweilen in den bestimmungsmäßig dem Publikum geöffneten Räumen versagt werden eventualiter unter welchen Umständen dies geschehen kann, steht nicht zur Frage. Nachdem nun seitens der zuständigen Eisenbahndirektion verfügt war, daß die Dienstmänner vor dem Empfangsgebäude in der Nähe einer zu diesem Zwecke angebrachten Standtafel Aufstellung zu nehmen hätten, waren der Bahnhofsinspektor und der von ihm beauftragte Perrondiener in Grund des § 66 nr. 6 und 7 und 70 des Bahnpolizeireglements berechtigt, den Angeklagten aus der Thür vom Perron zum Flur und aus dem Flur des Empfangsgebäudes fortzuweisen, von dem Augenblick der Fortweisung an verweilte er dort ohne Befugnis. Denn das Verweilen ohne Befugnis in dem § 123 des St.-G.-B. bezeichnet nur den Gegensatz zu dem Verweilen auf Grund eines Rechtes, welchem gegenüber die Aufforderung, sich zu entfernen, rechtlich wirkungslos ist — vgl. Hälschner, Strafrecht Bd. 2; 1 S. 149 Not. 2, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 4 S. 322 f., Bd. 5 S. 110 f. —; ein solches Recht stand aber, wie dargelegt, dem Angeklagten nicht zur Seite. Ebenso war das nachfolgende Wiedereindringen des Angeklagten ein widerrechtliches. Der ausdrücklichen Feststellung, daß Angeklagter bewußt widerrechtlich gehandelt habe, bedurfte es nicht — vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 8 S. 46 nr. 2 —. Der hiernach genügend begründeten Anwendung des § 123 des St.-G. auf den festgestellten Thatbestand steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der § 62 des Eisenbahnpolizeireglements für das vorliegende Zuwiderhandeln gegen den § 53 eine Strafe von höchstens 30 Mk. androht, weil diese Strafbestimmung nur für den Fall festgesetzt ist, daß nicht nach den allgemeinen Strafbestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist.

---

2. **Strafgesetzbuch § 196. Ist der amtliche Vorgesetzte eines Revierjägers zur Stellung des Strafantrags berechtigt, wenn dieser beschuldigt ist, über eine dienstliche Wahrnehmung nach geleistetem Zeugeneide wissentlich falsch ausgesagt zu haben?**

In einer Strafsache wegen Jagdvergehens war der Revierjäger, welcher das Vergehen zur Anzeige gebracht hatte, zeugeneidlich vernommen. Der Angeklagte hatte nachher geäußert, daß der Revierjäger wissentlich falsches Zeugnis abgelegt habe, und stellte wegen dieser Beleidigung die amtliche vorgesetzte Behörde des Revierjägers den Strafantrag. Von dem Angeklagten wird die Berechtigung der Behörde zur Stellung des Strafantrags bestritten, weil die Beleidigung nicht in Beziehung auf den Beruf des Revierjägers begangen sei. Diese Ansicht fand nicht die richterliche Billigung. In den Gründen des Urteils des Feriensenats des Oberlandesgerichts de 22. August 1885 — Wa. — heißt es:

Die Zeugnisablegung in dieser Strafsache war freilich nicht eine besondere Berufspflicht des Jägers D. in seiner Eigenschaft als Forstbeamten, vielmehr eine allgemeine staatsbürgerliche Obliegenheit, sie betraf jedoch eine im Forstdienste gemachte amtliche Wahrnehmung über eine strafbare Handlung, zu deren Mitteilung an seine vorgesetzte Behörde zwecks der Strafverfolgung der Beamte verbunden war, und zu deren eidlichen Erhärtung im Strafverfahren seine dienstliche Stellung die Veranlassung gegeben hatte. Durch eine wissentlich falsche Aussage würde D. nicht blos seine Zeugenpflicht, sondern zugleich auch seine Dienstpflicht verletzt haben. Die Beleidigung war mithin dem D. in Bezug auf seinen Beruf zugefügt.

---

3. **Verordnung de 1. März 1859,** betreffend die Versicherungen gegen Feuersgefahr. **Ist die im § 5 bezüglich der den Obrigkeiten des Versicherten abzugebenden Erklärung enthaltene Strafbestimmung auch dann anwendlich, wenn der Versicherungsvertrag nicht zu Stande gekommen ist?**

In den Gründen des Urteils des Feriensenats des Oberlandesgerichts de 22. August 1885 — Ho. — wird ausgeführt:

Es kann die Ansicht des Angeklagten, daß die mangelhafte Beschaffenheit der Anzeige um deswillen seine Bestrafung nicht zur Folge haben könne, weil er vor Perfektion des Versicherungsvertrages zur Abstattung einer Anzeige überhaupt nicht verpflichtet gewesen sei, für eine zutreffende nicht erachtet werden. Denn wenn zwar die in dem § 3 der V.-O. vom 15. Mai 1847 vorgeschriebene Anzeige nicht vor dem Abschluß des Versicherungsvertrages gemacht zu werden braucht und noch rechtzeitig geschieht, wenn sie nur innerhalb 14 Tagen nach der Perfektion des Versicherungsvertrages gemacht wird, so ist es doch zulässig, dieselbe bereits vor Eingehung des letzteren in der Erwartung des nachfolgenden definitiven Abschlusses desselben zu machen, und ergiebt sich aus den Gründen des angefochtenen Urteils, daß der Berufungsrichter davon ausgegangen ist, daß der Angeklagte mit seiner der Ortsobrigkeit zu G. über die Versicherung des K. gemachten Anzeige der gesetzlich ihm obliegenden Anzeigepflicht hat genügen wollen. Wenn nun der § 5 der V.-O. vom 1. März 1859 ohne jede Einschränkung vorschreibt, daß mit der in Gemäßheit der V.-O. vom 15. Mai 1847 zu machenden Anzeige der Versicherungsagent zu erklären hat, daß und wodurch er die Überzeugung von der Verhältnismäßigkeit des Wertes der zu versichernden Sachen sich verschafft habe, und der Angeklagte es unterlassen hat, seiner in Gemäßheit der V.-O. von 1847 gemachten Anzeige die in Frage stehende Erklärung hinzuzufügen, so hat er gegen die Vorschrift des § 5 der V.-O. vom 1. März 1859 gefehlt und würde wegen des späteren Nichtzustandekommens des Versicherungsvertrages nur alsdann von Strafe frei bleiben können, wenn die V.-O. vom 1. März 1859 eine desfallsige ausdrückliche Bestimmung enthielte. Da letzteres nicht der Fall ist, ist mithin der Angeklagte mit Recht auf Grund des mehrgenannten § 5 in Strafe verurteilt worden.

---

4. **Gewerbeordnung § 24;** Meckl. Verordnung de 18. April 1873, betreffend die Anlage und den Betrieb von Dampfkesseln. **Ist die Genehmigung der zuständigen Behörde auch zur Anlegung von stehenden Dampfkesseln zum Eisenbahnbetriebe erforderlich? Welche Behörde ist in Mecklenburg zuständig?**

Die Gründe des Revisionsurteils des Strafsenats des Oberlandesgerichts de 24. Oktober 1885 — Vo. — lauten:

Nach den Feststellungen des jetzt angefochtenen Berufungsurteils ward unter Leitung und alleiniger Verantwortung des Angeklagten ohne Einholung einer obrigkeitlichen Genehmigung auf dem Bahnhofe zu N. eine vollständig ausgerüstete und zum Betriebe einer Dampfpumpe bestimmte Dampfkesselanlage als Anbau an die vorher vorhandene Pumpstation hergestellt. Deshalb ist Angeklagter durch Erkenntnis des Schöffengerichts zu N. vom 28. Mai d. J. auf Grund § 24 und 147² der Gew.-O. in Beihalt § 1 und § 28 der V.-O. vom 18. April 1873, betreffend die Anlage und den Betrieb von Dampfkesseln, zu einer Geldstrafe von 50 Mk. und zur Tragung der Kosten verurteilt worden. Seine Berufung ist von der Ferienstrafkammer des hiesigen Landgerichts durch Urteil vom 24. August d. J. als unbegründet zurückgewiesen, und sind die Kosten der Berufungsinstanz ihm zur Last gelegt worden. Derselbe hat gegen dies Urteil die Revision eingelegt, deren Förmlichkeiten gewahrt und sie darauf gestützt, daß weder § 24 der Gew.-O. auf die Dampfkesselanlagen der Eisenbahnverwaltungen anwendbar sei, noch daß landesgesetzlich die Ortsobrigkeiten zur Erteilung der etwa erforderlichen Genehmigung für die Eisenbahnverwaltungen zuständig seien.

Eine Verpflichtung des Angeklagten, rücksichtlich der fraglichen Dampfkesselanlage vor deren Errichtung bei der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde eine besondere Genehmigung nachzusuchen, läßt sich nur auf § 24 der G.-O. gründen. Die Landesverordnung vom 18. April 1873 hat sich nur die Aufgabe gestellt, die Zuständigkeit für die Genehmigung zu regeln, sowie die allgemeine, vom Bundesrat für Anlage und Betrieb von Dampfkesseln erlassenen polizeilichen Vorschriften in den

speziellen Richtungen der Bau- und Feuerpolizei zu ergänzen und die älteren Landesgesetze vom 3. Juli 1863 und 3. Februar 1868 mit den Bestimmungen des Bundesrats vom 29. Mai 1871 in Einklang zu setzen. Deshalb bedroht § 26 unter 1 der V.-O. vom 18. April 1873 nur denjenigen mit Strafe, der eine Dampfkesselanlage, zu welcher nach § 24 G.-O. eine besondere Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung errichtet. Der § 24 der G.-O. normiert aber auch für die Dampfkesselanlagen der Eisenbahnverwaltungen. Derselbe betrifft nicht gewisse Gewerbebetriebe, sondern ein Betriebsmittel, welches den verschiedenartigsten Betrieben dienstbar sein kann. Mit diesen Betriebsmitteln ist eine für die allgemeine Sicherheit bedenkliche Explosionsgefahr verbunden, wenn nicht bei der Anlage und bei dem Betriebe zweckentsprechende Vorsichtsmaßregeln beobachtet werden. Die G.-O. setzt nun voraus, daß über eine vorsichtige Einrichtung und einen vorsichtigen Betrieb landesgesetzliche Vorschriften bestehen, und vorbehält dem Bundesrate, dieserhalb noch allgemeine polizeiliche Bestimmungen zu treffen, sie schafft dann aber für die Realisierung dieser Vorschriften eine sichere Garantie. Eine Dampfkesselanlage darf nicht ohne eine behördliche Genehmigung errichtet werden, wobei der Erteilung eine besondere Prüfung des Projektes voraufgehen muß, und die ausgeführte Anlage darf nicht eher in Betrieb gesetzt werden, als bis durch eine weitere Untersuchung festgestellt ist, daß die Ausführung den Bestimmungen der Genehmigung entspricht. Es liegt die generelle Tragweite schon in dem Zwecke des Gesetzes, das Publikum gegen die mit einem gewissen Betriebsmittel verbundene Explosionsgefahr zu schützen, die nach § 24 erforderliche Genehmigung soll nur durch die damit in Verbindung stehenden Prüfungen und Untersuchungen die Befolgung der gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln, die wieder ganz generell gehalten sind, garantieren. Damit im Einklang steht die generelle Fassung des § 24.

Angeklagter beruft sich dem gegenüber auf § 6 der G.-O., welcher bestimmt, daß die G.-O. unter andern keine Anwendung finde auf den Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmungen. Deutlich sei gesagt, das ganze Gesetz sei auf den ebengedachten

Gewerbebetrieb unanwendbar, mithin auch der darin enthaltene § 24.

Die Sonderstellung dieses Gewerbes erklärt sich hinlänglich aus dem weitgreifenden öffentlichen Interesse, welches sich an diese Art des Transportgewerbes anknüpft und auch in den Artikeln 4 unter 8, Art. 41 bis 47 der Reichsverfassung Berücksichtigung gefunden hat, sie ist eben deshalb auf den besonderen Betrieb selbst zu beschränken. Insoweit eine Eisenbahnverwaltung die für den Betrieb erforderlichen Einrichtungen herstellt, hat sie die für derartige Einrichtungen bestehenden Spezialgesetze zu befolgen. Ob das desfallsige Spezialgesetz sich zufällig auch in der Gewerbeordnung vorfindet, darauf kann es nicht ankommen. Will z. B. eine Eisenbahnverwaltung eine Gasanstalt oder eine Anlage für Koaksbereitung herstellen, so ist sie wegen dieser Anlage den Vorschriften der §§ 16 ff. der G.=O. unterworfen. Dasselbe gilt, wenn sie eine stehende Dampfkesselanlage, wie sie hier vorliegt, erbauen will, rücksichtlich des § 24 der G.=O. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird sowohl durch den Erlaß des Bundesrats vom 29. Mai 1871 wie durch die Landesverordnung vom 18. April 1873 auf das Bestimmteste bestätigt. Jener Erlaß erging gerade auf Grund der Bestimmung des § 24, und dessen § 19 setzt die Verbindlichkeit des § 24 für die Eisenbahnverwaltungen als selbstverständlich voraus, indem dort angeordnet wird:

> § 19. In Bezug auf die Kessel der Eisenbahnlokomotiven bleiben auch ferner die Bestimmungen des Bahnpolizeireglements für Eisenbahnen vom 3. Juni 1870 in Geltung.

Der § 28 beschränkt die Anwendung der Vorschriften der V.=O. vom 18. April 1873 auf solche Dampfkessel, welche unter den obgedachten Erlaß des Bundesrates fallen, und fährt dann fort:

> „Sie ergreifen im Beihalt der §§ 18, 19 der letzteren (B.=R.=Erlaß) die im § 18 aufgeführten Apparate — und in Gemäßheit § 19 die Kessel der Eisenbahnlokomotiven nicht.“

Ist daher auch die Frage zu bejahen, ob die Eisenbahnverwaltungen für ihre Dampfkesselanlagen der im § 24 der G.-O. angeordneten Überwachung unterstellt sind, so bleibt doch weiter zu untersuchen, welche Behörden landesgesetzlich mit solcher Überwachung betrauet worden sind. Nach der gesetzlichen Regel (§ 4 der V.-O. vom 18. April 1873) ist die Obrigkeit des Ortes der Anlage, und wenn die Ortsobrigkeit selbst eine solche Anlage errichten will, die Gewerbekommission zu Schwerin, die für die Genehmigung zuständige Behörde. Der § 28 Abs. 2 dieser V.-O. gewährt nun in dieser Beziehung den Eisenbahnverwaltungen eine exceptionelle Stellung, jedoch wieder nicht ganz unbeschränkt. Die Gesetzesstelle lautet:

> „Eisenbahnverwaltungen sind den Bestimmungen der gegenwärtigen V.-O. nur insoweit unterworfen, als es sich um die baulichen Verhältnisse ihrer stehenden Dampfkesselanlagen handelt. Im Übrigen haben dieselben die Ausführung der allgemeinen polizeilichen Bestimmungen über die Anlegung von Dampfkesseln und der in der gegenwärtigen Verordnung gegebenen Vorschriften rücksichtlich dieser Dampfkesselanlagen nach Analogie der für die Beaufsichtigung der Kessel der Eisenbahnlokomotiven normierenden Vorschriften im § 79 des Bahnpolizei-Reglements vom 3. Juni 1879 selbst zu veranlassen und zu überwachen."

Diese Stelle läßt darüber keinen Zweifel, daß alle und jede vorschriftsmäßigen Vorsichtsmaßregeln bei der Anlage und bei der Benutzung von Dampfkesseln seitens der Eisenbahnverwaltungen zu beobachten sind, eine Unterscheidung tritt nur rücksichtlich der Kontrolle pünktlicher Befolgung ein. Darnach soll es nur rücksichtlich der baulichen Verhältnisse der stehenden Dampfkesselanlagen bei der gesetzlichen Regel (Kontrolle der Ortsobrigkeit) bewenden, im Übrigen ist die Überwachung den im § 79 des Bahnpolizeireglements vom 3. Juni 1870 (jetzt Regl. vom 4. Januar 1885 § 72 und 12. Juni 1878 § 53) aufgeführten Organen anvertraut worden. Die verschiedene Behandlung erklärt sich hinlänglich daraus, daß in baulicher Hinsicht nicht bloß die im Abs. 1 des § 1 V.-O. vom 18. April 1873

gegebenen, sondern nach Abs. 2 daselbst auch die für den Ort der Anlage normierenden sonstigen bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften in Betracht kommen sollen. Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Anlage, bei welcher eine Kontrolle in baulicher Hinsicht (§ 1 der V.-O. vom 18. April 1873) erforderlich war, die Anlage durfte daher ohne vorgängige Genehmigung des Magistrats zu N., als der Ortsobrigkeit, nicht errichtet werden. Selbstverständlich ist diese Genehmigung für die zu beobachtenden bau- und feuerpolizeilichen Vorsichtsmaßregeln die allein maßgebende.

Der § 147 unter 2 der Gewerbeordnung bedrohet mit Strafe die ohne Genehmigung erfolgte Errichtung einer gewerblichen Anlage, die nach den §§ 16 und 24 der G.-O. eine Genehmigung bedarf, während der § 26 unter 1 der V.-O. vom 18. April 1873 die Strafsanktion rücksichtlich der Dampfkesselanlagen als eine generelle auffaßt, gleichviel, ob sie für gewerbliche oder anderweitige Zwecke bestimmt sind. Von einer näheren Erörterung darf hier abgesehen werden; die in Frage stehende Dampfpumpe soll den für den Gewerbebetrieb der Eisenbahnverwaltung erforderlichen Wasserbedarf herbeischaffen und ist jedenfalls eine gewerbliche Anlage. Es trifft daher § 147 unter 2 auch seinem Wortlaute nach zu.

Die vermeintlichen Gesetzesverletzungen waren somit nicht als hier vorliegend anzuerkennen.

---

## 4. Strafgesetzbuch § 43. Ist ein Versuch mit untauglichen Mitteln strafbar?

In der Strafsache gegen das Dienstmädchen K. wegen versuchter Abtreibung der Leibesfrucht — Verbrechen gegen § 218 Abs. 1 und § 43 St.-G.-B. — lehnte die Ferienstrafkammer des Landgerichts zu Neustrelitz die Eröffnung des Hauptverfahrens ab. Auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft reformierte der Strafsenat durch Beschluß de 27. Oktober 1885 — Kö. — aus folgenden Gründen.

Daß die von der K. eingenommene Flüssigkeit ein zur Her-

beiführung der Abtreibung taugliches Mittel war, liegt nicht vor; es ist jedoch der Auffassung des angefochtenen Beschlusses über die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln nicht zuzustimmen.

Diese in Theorie und Praxis weitverbreitete Ansicht ist hervorgegangen aus der Betrachtung, daß das Wesen des Verbrechens in der Verletzung eines konkreten rechtlichen Gutes bestehe, und daß daher, weil beim Versuche eine Verletzung nicht stattfinde, wenigstens die Gefährdung einer solchen Voraussetzung der Strafbarkeit sei. Über die Frage, unter welchen Umständen eine Gefährdung vorliege, sind sodann weit auseinandergehende Meinungen aufgestellt. Mit Recht bekämpft aber

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1 S. 352 f.

die Grundlage dieser Auffassung mit dem Hervorheben, daß zwar jedes Verbrechen ein konkretes rechtliches Gut, gegen das es gerichtet sei, zur notwendigen Voraussetzung habe, daß aber das Wesen des Verbrechens in der Bethätigung des Widerspruchs der Willensbestimmung gegen die Rechtsnorm bestehe. Eine solche Bethätigung kann aber ebensowohl durch Verwendung untauglicher wie tauglicher Mittel geschehen.

Auch die im Anschluß an die Abhandlung von

Geyer in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 1 S. 30 f.

in dem angefochtenen Beschlusse sich findende Argumentation, daß derjenige, welcher ein untaugliches Mittel zur Begehung einer strafbaren Handlung wähle, das nicht thue, was er gewollt, und das nicht wolle, was er thue, ist nicht zutreffend, vielmehr Übereinstimmung zwischen Willen und That vorhanden, wenn der Thäter dasjenige Mittel, welches er verwenden wollte, auch wirklich verwendete. Daß er über die Eigenschaft desselben als eines tauglichen irrte, ist ebensowenig von Erheblichkeit, als es nach der jetzt kaum noch bestrittenen richtigen Ansicht der Bestrafung des Thäters wegen vollendeten Mordes entgegensteht, wenn diejenige Person, welche er töten wollte und tötete, von

ihm in Folge einer Verwechselung für eine andere gehalten wurde.

---

## 5. Strafprozeßordnung § 44. Ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist zur Einlegung der Berufung statthaft, wenn die Frist ohne Schuld des Angeklagten von dem mit der Einlegung beauftragten Verteidiger versäumt ist?

Der Feriensenat des Oberlandesgerichts hat in Übereinstimmung mit der in dieser Zeitschrift Bd. V p. 184 f. abgedruckten Entscheidung sich für die Statthaftigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgesprochen. Zur Begründung des betreffenden Beschlusses de 10. Juli 1885 — A. — ist gesagt:

Denn daß eine Handlung oder Unterlassung als *verschuldete* Jemandem nur dann angerechnet werden kann, wenn ihn in Betreff derselben eine *eigene* Schuld trifft, ist eine für das gesamte Rechtsgebiet geltende Norm. Beim Mangel einer *Konkurrenz* eigener Schuld sind von ihm daher die schuldhaften Handlungen *dritter*, also selbst der von ihm zugezogenen Personen, mögen dieselben seine *juristischen* Gehülfen, zu denen auch seine selbstgewählten Vertreter zu rechnen sein werden, oder nur seine *faktischen* Gehülfen sein, nicht zu vertreten, wenn nicht durch besondere Rechtsvorschrift das Gegenteil festgesetzt ist. Die erwähnte Rechtsnorm selbst in ihrer zuletzt hervorgehobenen Richtung muß auch für das *prozessualische* Verfahren gelten, und für den Strafprozeß, da für diesen nicht wie für den Civilprozeß nach § 210 II C.-Pr.-O. angeordnet ist, daß das Verschulden des Vertreters schlechthin als Verschulden des Vertretenen angesehen werden solle, unbeschränkt zur Anwendung kommen, sodaß gleich wie bei faktischen Gehülfen beim Mangel eigener Schuld des Vertretenen für diesen die schuldhaften Handlungen oder Unterlassungen der Vertreter als *kasuelle* zu benehmen sind. Geht man hiervon aber aus, so schließt das schuldvolle

Verhalten eines Prozeßvertreters im Strafprozesse die Möglichkeit nicht aus, in demselben einen unabwendbaren Zufall zu erkennen, vielmehr ist es reine Thatfrage des einzelnen Falles, ob ein solcher trotzdem vorliegt. Und hält man an dieser von hier aus schon früher ausgesprochenen Ansicht der anscheinend entgegenstehenden, die Schuld der juristischen und faktischen Gehülfen verschieden behandelnden Auffassung des Reichsgerichts — vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. X S. 75 — fest, so kann es einem gegründeten Bedenken nicht wohl unterliegen, daß die Bestellung des von den Angeklagten gewählten Vertreters als eines zugelassenen bisher unbescholtenen Rechtsanwalts, eine eigene Schuld derselben niemals enthielt. Man wird aber auch weiter, wie schon früher in einem gleichen Falle ausgesprochen ist, in dessen Unterlassen rechtzeitiger Einlegung der Berufung einen unabwendbaren Zufall für die Angeklagten finden müssen, wenn sie ihren Vertreter rechtzeitig mit der Einlegung der Berufung beauftragten bzw. für dieselbe instruierten und durch eine Reise desselben die rechtzeitige Unterschrift und Expedition der angefertigten Berufungseinlegung — was nach den Angaben des Vertreters als der Wahrheit entsprechend angesehen wird — versäumt ward. Denn unter unabwendbaren Zufällen sind nicht solche zu verstehen, die überhaupt nicht zu vermeiden waren, sondern deren Vermeidung man bei sorgfältig beobachteter Vorsicht nach Lage der Sache erwarten durfte, und daß die Angeklagten Alles gethan, was nach den gegebenen Verhältnissen vernünftiger Weise von ihnen erwartet werden konnte, läßt sich mit gutem Grunde nicht wohl bezweifeln.

# Litteratur.

**System des gemeinen deutschen Privatrechts von Georg Beseler. 4. vermehrte und verbesserte Auflage. — Berlin, Weidemann'sche Buchhandlung. 1885.**

Die drei Bände der ersten Auflage dieses Buches sind in den Jahren 1847, 1853 und 1855 erschienen. Seitdem hat sich der zu verarbeitende Rechtsstoff durch umfassende neuere Gesetze, insbesondere das Handelsgesetzbuch und den privatrechtlichen Inhalt der Reichsgesetze, wesentlich umgestaltet und erweitert. Dementsprechend stellt sich die vierte Auflage im Vergleich zur ersten als eine teilweise umgearbeitete und erheblich vermehrte dar, während in den von der späteren Legislation unberührt gebliebenen Partien der Text keine erheblichen Änderungen aufweist, und nur die Anmerkungen in Folge sorgfältiger Berücksichtigung der Litteratur und Rechtsprechung bedeutendere Zusätze erhalten haben.

Die Ordnung der Materien (das System) weist einige nicht unwichtige Änderungen auf. Das II. Buch, welches jetzt die Überschrift führt „Das allgemeine bürgerliche Recht" schloß anfangs unter dem Titel „Das gemeine Landrecht" auch das Lehnrecht in sich. Dasselbe ist ins III. Buch unter die „Spezialrechte" versetzt. Dagegen wird die Lehre von den Reallasten nicht mehr im „gemeinen Ständerechte" (so war zuerst das III. Buch benannt) bei den Bauergütern, sondern im II. Buche mit den Dienstbarkeiten zusammen unter der Rubrik „Die Grundlasten" abgehandelt. Das Näherrecht, welches

bisher im Obligationenrechte beim Kaufe stand, hat jetzt seinen Platz im Sachenrechte unter den gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums gefunden. Die Geschlechtsvormundschaft ist, als dem geltenden Rechte nicht mehr angehörend, ganz ausgeschieden. In der Vorrede wird gesagt, aus demselben Grunde sei auch das „Judenrecht" gestrichen. Dies ist nicht ganz zutreffend. Ein besonderer Paragraph ist allerdings den Juden nicht mehr gewidmet, aber im § 63, welcher von dem Einflusse des religiösen Bekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit handelt, wird doch des auf dem mosaischen Gesetze und dem Talmud beruhenden jüdischen Nationalrechts gedacht mit der Bemerkung, „dasselbe gelte noch für solche Rechtsverhältnisse, welche mit den religiösen Ansichten oder Ceremonialgesetzen notwendig zusammenhangen. Dort war als geltendes Recht gelehrt, die Juden seien nach gemeinem Rechte nur als geduldete Fremdlinge zu beurteilen, indessen gebe es wohl kaum einen deutschen Staat, in welchem die daraus gezogenen Konsequenzen vollständig aufrecht erhalten seien. Das Einzelne sei den Partikularrechten zu entnehmen. Hieran war der obige Satz als eine allgemeine, gleichsam statistische Bemerkung geknüpft. In der jetzigen Fassung gewinnt es den Anschein, als ob für denselben gemeinrechtliche Geltung in Anspruch genommen werde, wenigstens wird auf Partikularrechte nicht mehr verwiesen. Jedenfalls hätte man gerade vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus eine wesentliche Einschränkung und Präcisierung erwarten sollen. Eine Verweisung auf das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, durfte nicht fehlen. So wären denn dem Judenrechte, wo nicht durch Landesgesetze entgegenstehende, alle Bekenntnisse umfassende Bestimmungen gegeben sind, etwa nur noch die Scheidungsgründe zu entnehmen (vgl. P. v. Roth, deutsches P.-R. I § 69 Anm. 12), auch würde es sich weiter fragen, wie es denn damit bei den reichsgesetzlich jetzt ja aller Orten erlaubten gemischten Judenehen zu halten sei. Das „Urheberrecht" ist, da es jetzt einen in sich abgeschlossenen Rechtsteil bilde, unter die Spezialrechte des III. Buches zwischen „Bergrecht" und „Ge-

werberecht“ gestellt. Stobbe hat dafür im System selbst den richtigen Platz bereits gefunden, indem er ein dem Sachenrechte analoges „Recht an immateriellen Gütern“ statuiert. Bei Beseler stehen die Spezialrechte außerhalb des Systems in der Form einzelner selbständig in sich abgeschlossener monographischer Darstellungen.

Auf den reichen Inhalt des hier in neuem Gewande sich darbietenden Lehrbuches näher einzugehen, ist bei der Beschränktheit des Raumes, welcher in dieser Zeitschrift für litterarische Anzeigen offen steht, nicht ausführbar. Es muß genügen, im Allgemeinen auf das Verhältnis zur ersten Auflage (die dritte ist 1873 erschienen) hingewiesen zu haben. Der Verfasser, welcher zu Anfang dieses Jahres unter allgemeiner Teilnahme aller Fachgenossen das goldene Doktorjubiläum gefeiert hat, gehört zu den Koryphäen der deutschen Rechtswissenschaft, die er in einzelnen Teilen, namentlich durch sein bekanntes Werk über die Erbverträge bahnbrechend gefördert hat. Von maßgebender Bedeutung für sein System und dessen Ausbau ist es, daß er als seine Aufgabe hinstellt, ein gemeines deutsches Privatrecht zu konstruieren, welches wesentlich ein ungeschriebenes Recht ist, an sich dieselbe Kraft hat, wie das durch Gewohnheit in Deutschland aufgenommene fremde Recht, und dessen Rechtsinstitute bald bedingt bald unbedingt subsidiarisch anwendbar sind. Dieser Standpunkt wird den abweichenden Auffassungen neuerer Schriftsteller (Gerber, Stobbe, Roth) gegenüber festgehalten und vertreten; vgl. § 10 Anm. 7. Die ganze in den §§ 1 bis 36 enthaltene Ausführung über Begriffe, Methode und Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts sind mit der dem Verfasser eigenen ruhigen Klarheit geschrieben, anregend und bedeutend.

Budde.

**Dr. Ernst Sigismund Puchelt, Reichsgerichtsrat. Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Dritte Auflage, 2 Bände. Leipzig, 1882, 1885. Zusammen 19,50 Mk.**

Es sind fast vier Jahre vergangen, seitdem die erste Lieferung dieser neuen Auflage des Puchelt'schen Kommentars erschienen ist, und der Verfasser selbst ist darüber hinweggestorben. In Bezug auf das Aktienrecht steht das Werk daher noch nicht auf dem Boden des neuen Gesetzes, doch kündigt die Verlagshandlung ein bezügliches Supplement-Heft an. Die Vorzüge wie die Schwächen dieses Kommentars sind bekannt; daß erstere überwiegen, beweist die Nothwendigkeit der neuen Auflage; in der That kann kein Kommentar des Handelsgesetzbuchs an Verbreitung in der Praxis sich mit diesem messen, und auch die neue Ausgabe kann Jedem empfohlen werden, dem es vor Allem auf rasche und zuverlässige Information in der einschlägigen Judikatur und Litteratur ankommt. Ehrenberg.

---

**Das Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874. Erläutert von Dr. v. Schwarze, Königl. sächsischem Wirklichen Geheimen Rate u. Generalstaatsanwalt a. D., Mitglied der Reichstagskommission für das Preßgesetz. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. Erlangen 1885. Verlag von Palm & Enke.**

Die erste Ausgabe dieses Kommentars ist im Jahre 1874 bald nach Publikation des Reichspreßgesetzes erschienen und hat verdiente Anerkennung gefunden. Die vorliegende zweite Auflage kann sich mit Recht als eine verbesserte und vermehrte bezeichnen. Wenn der Verfasser für die erste Bearbeitung wesentlich nur die Verhandlungen in den Reichstagskommissionen und im

Reichstage benutzen konnte unter Mitberücksichtigung der Partikulargesetzgebung und der darauf fußenden Spruchpraxis, so stand ihm jetzt durch die inzwischen erschienenen Schriften über das Reichspreßrecht — namentlich das Lehrbuch des deutschen Preßrechts von Berner, das deutsche Reichspreßrecht von v. Liszt und die Kommentare von Thilo u. Marquardsen — sowie durch die Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichte, insonderheit auch des Reichsgerichtes, ein umfassenderes und wertvolleres Material zu Gebote. Dies Material ist auch sorgfältig verwertet worden, wovon die vielen Zusätze zu den einzelnen Ausführungen der ersten Auflage und mannigfache Umarbeitungen Zeugnis geben. Der Verfasser ist bestrebt gewesen, neben der reichhaltigen Kasuistik die leitenden Grundsätze hervortreten zu lassen, und hat außerdem an geeigneten Stellen, z. B. bei den sehr eingehenden Erörterungen zu den §§ 20 und 21 und zu dem 5. Titel „Beschlagnahme" die ergänzenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung, sowie auch das Sozialistengesetz vom 21. Oktober 1878 wegen der darin enthaltenen besonderen Vorschriften bezüglich der Druckschriften mitberücksichtigt. So bietet der Kommentar in der neuen Auflage ein vorzügliches Hülfsmittel zum richtigen Verständnisse des Preßgesetzes, und es dürfte in dessen Bereich nicht leicht eine Frage vorkommen, für deren Entscheidung daraus nicht genügende Anleitung zu entnehmen wäre. Blanck.

---

Von Zuerl's Repertorium zu den Erkenntnissen des Reichsgerichts in Strafsachen (vgl. Band II S. 364 dieser Zeitschr.) ist eine zweite Folge erschienen, welche (VI und 428 SS. stark: Preis broschirt 6,50 Mk., gebunden 7 Mk.) die Entscheidungen aus der Zeit vom 1. Januar 1882 bis zum 31. Dezember 1884 umfaßt und zugleich als Register zu Bd. 4—6 der „Rechtsprechung" und zu Bd. 5—11 der „Entscheidungen" dient. Wir verweisen auf unsere frühere Anzeige des verdienstlichen Unter-

nehmens und bemerken, an dieselbe anknüpfend, daß von den bis zum 31. Dezember 1884 ergangenen reichsgerichtlichen Erkenntnissen in Strafsachen in den 6 Bänden der „Rechtsprechung" 2219, in den entsprechenden 11 Bänden der „Entscheidungen" 1666 Urteile veröffentlicht worden sind.

Birkmeyer.

---

**Daude, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts,**

ist in zweiter vermehrter Auflage, Berlin bei H. W. Müller 1885, erschienen. Die in dieser Zeitschrift Band III S. 338, 339 hervorgehobenen Vorzüge der ersten Auflage eignen auch der vorliegenden zweiten. Dieselbe, obgleich nunmehr 372 (gegen 299) Seiten umfassend, kostet, geschmackvoll gebunden, gleich der ersten nur 2 Mk. Wir bemerken mit Vergnügen, daß die 2. Auflage, obwohl sie selbst sich nur eine „vermehrte" nennt, zugleich eine verbesserte ist. So finden wir z. B. in N. 34 zu § 34 nunmehr das in der ersten fehlende Citat „§ 858 Abs. 3 C.-Pr.-O." nachgetragen und das Citat „§ 37 Krankenkassenges. vom 15./6. 1883" neu hinzugefügt; so ist ferner in N. 22 zu § 67 die früher fehlende Verweisung auf „R. 3, 837" ergänzt und „A. 5, 118" neu beigefügt; so ist in N. 45 zu § 193 der in der ersten Aufl. in N. 12 daselbst stehen gebliebene Druckfehler „§ 103" statt „§ 193" korrigiert. Dagegen dürfte es wohl in N. 98 (N. 58 der 1. Aufl.) zu § 219 statt „R. 1, 639" heißen müssen „R. 1, 568". Zu N. 83 i. f. des § 267, wo korrigiert ist „Urt. 21./1. 82" statt „Urt. 23. Jan. 22", wäre vielmehr zu korrigieren gewesen „Urt. 23./1. 82", und dürfte hinzuzufügen sein: „R. 4, 61".

Birkmeyer.

---

Die im vorigen Heft auf S. 274 verheißene Besprechung der Kommentare zur Reichskonkursordnung von v. Wilmowski und Willenbücher mußte für das 1. Heft des VI. Bandes verspart werden.

Dortselbst sollen ferner besprochen werden folgende uns inzwischen zugegangene Werke:

Vor Allem der I. Band des sehnlich erwarteten **Handbuchs des deutschen Civilprozeßrechts von Wach** (XV und 690 SS. Lexikonformat: 15,60 Mk.).

Ferner:

Fortsetzung und Schluß von **Hellmann's Lehrbuch des Civilprozeßrechts** (vgl. oben S. 261).

Die nunmehr mit der 6. Lieferung vollständig erschienene 4. Auflage des **Kommentars zur R.-C.-Pr.-O.** von **v. Wilmowski & Levy** (XIV u. 1328 SS., geheftet 25 Mk., in 2 Bände gebunden 30 Mk.).

Die jetzt ebenfalls vollendete 2. Auflage des **Kommentars von Jäckel zum preußischen Subhastationsgesetz** von 1883 (VII und 600 SS., geheftet 11 Mk., gebunden 13 Mk.).

**Hermann Meyer, Protokoll und Urteil im Civil- und Strafprozeß.** Berlin, Franz Vahlen, 1885. (104 SS., geheftet 2,50 Mk.).

**Schmölder, Die Strafen des deutschen Str.-G.-B. und deren Vollzug.** Eine kritische Studie. Berlin, Franz Vahlen, 1885. (63 SS., geheftet 1,20 Mk.).

**Otto v. Völderndorff, Das Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens erläutert.** Erlangen, Palm & Encke, 1885. (Separatabdr. aus

der Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen, 172 SS.).

Balck, **Die Krankenversicherung der Arbeiter, nach Gesetz und Praxis dargestellt.** Wismar, Hinstorff, 1885 (105 SS., geheftet 2 Mk.).

Adolf Langfeld, **Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht.** Rostock, Wilh. Werther. 1886 (167 SS., geheftet 2,80 Mk.).

Gustav Mandry, **Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze.** 3. Auflage. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr, 1885 (XVI u. 548 SS., 11 Mk.),

Endlich teilen wir unsern Lesern mit, daß der Olshausen'sche Kommentar zum R.-Str.-G.-B. inzwischen in 2. Auflage bis zur 5. Lieferung (Bogen 41—50, reichend bis zu § 222 R.-Str.-G.-B.) gediehen ist.

Die Redaktion.

---

## Berichtigung.

Auf S. 79 Zeile 8 von unten muß es statt „zuläſſige Verzögerung" heißen „unzuläſſige Verzögerung."

---

Druck der Hinstorff'schen Buchdruckerei in Rostock.

# Mecklenburgisches
# Ehescheidungsrecht

(Mecklenb. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, Bd. III S. 362—380, Bd. IV S. 123—199, Bd. V S. 29—61.)

von

**Dr. Gerhard Buchka,**

Landgerichtsdirektor in Güstrow.

## Beilagen.

**Wismar.**

Hinstorff'sche Hofbuchhandlung, Verlagsconto.

1885.

**Bericht von David Chytraeus, Simon Pauli und Johann Bouke an Herzog Ulrich zu Mecklenburg aus dem Jahre 1563 über eine im Auftrage des Herzogs von denselben entschiedene Ehesache.** (Im Konzept erhalten und aufbewahrt auf dem Großherzoglichen Geheimen und Hauptarchiv zu Schwerin.)

„Durchleuchtiger Hochgebornner Furste, E. f. g. seint vnsere gehorsame vnnderthenige treue Dienste Idezeit gantz willigst geflissenn beuoren. Genediger Furst vnnd Her, zu Vnnderthenіger volge E. f. g. genediglichen auff vnns getragener Commission, habenn Wir Heinrichen Wullenbocker, vnd sein Hausfraw vor vns bescheidenn, beyderseits vorbringen, Clage, vnnd Andwortt gehort, Vnnd nach gelegenheit der sachen anders Ihnn vorhorung des anbringens, vnd volgender eingewannter exception behelff vnnd dergleichen, nyt befindenn konnen, Denn das die Hausfraw gedachten Wullenbocker Ihrenn Eheman Widerumb ehlichenn beyzuwonenn schuldig, Derhalben Wir dan vnns semptlichen eines solchen spruches vorglichen, Ihnenn desselben auch also Montage vorgangen, zu fruer tagezeit vorgehaltten, wie beyliegent zu befinden. Vnd hat vnns zu solchenn spruchenn dies bewogenn, Erstlichen das die Clage angestaltt ad restitutionem, Also das das Weib, so sich aus eygenem Mudtwillen vonn Ihme ihrem EheMan, selbst gesondert, Ihme dem Eheman Widderumb beywonenn soltte, sich legende allein vff das possessorium recuperandae ex ca: historia et ca: siue de Coniugii 33 q. 2. Vnnd in causa priuilegiata vff die gemeine regulam juris, spoliatum ante omnia restitui debere ca: 2 & ca: literis, de restitut. spoliat. L. si fundum C. ad l. Jul. de Vi. Hierauff die fraw erstlichenn vnnd nach gegebener bedennckzeit zum anderпn eingereumet vnd gestanden das sie sein Ehe-

Weib, vnnd ehr Ihr Eheman wehre, vnd also nichts opponiret das do Cohabitationem uel ex defectu notoriae proprietatis, uel ratione peccati, ex notorio impedimento forte Consanguinitatis, uel fornicationis notoriae, quam in continenti probaturam se obtulisset uel proposuisset etiam, hindernn mogen. Aber dis vorgewenndet das der Mahnn erstlichen vonn Ihr abgewichenn, vnnd auch begert das sie vonn Ihme mocht gesondert werdenn, Ergo etc. Das dann nit erweist vnnd baldt genugsamb abgelehntt, et posito, do denn gleich so, wehr doch solchs auch nit genugsamb zu der separation, et est ratio quia maritus non potest sibi jus dicere, quoad separationem cohabitationis, imo etiamsi maritus uxorem repulisset (das doch nit beschehenn,) tamen eo ipso quod postea repetit eam, & illa non uult redire, uidetur eum spoliasse glos: in ca: literas de restitu: spol: ubi Abb: nu: 9, quia possessio in ca: matrimoniali est conjuncta proprietati non abdicabili nuda uoluntate ut Azo ibidem a. b. Ab. citato & caeteri DD. vt ibi.

Zum andernn vorgewendet saeuitiam mariti etc. aber das wenigste nit dociret Jmo das kegennspiell ist durch Clegers vorstorbener ersten hausfrawen brudernn, vnnd einem so derselben verstorbenenn frawen schwester gehabt, so wyr verhort, vber gemeine Vormuthung so ehr für sich beybracht, et ita licet saeuitiae causa uxor possit quandoque separationem a marito petere, quoad cohabitationem, consideratis Circumstantiis omnibus etc. So ist doch ihnn dem fall solches nit dargethann, Jmo das deme so nit clar befundenn. Vnnd vber das do dem so wehr, so ist durch denn eheman Cautio offerirt, so sufficiens de non offendendo, Vff welchenn fall dan die restitutio ante omnia doch beschehenn muste.

Zum Dritten vorgebracht, das sie nuhn betaget, allein lebenn vnnd sich zu Gott begebenn wolle, das Ihr dan widderlegt temeraria sua et uiolenta separatione, salua conscientia se deo placentem uitam agere non posse, cum eo ipso quod se renuente marito cohabitatione illum priuet, delinquat et grauiter peccet.

Zum vierdenn das der Mahnn sein gereidt selbsten abgefoddert, Ergo so dorffte sie sich nun nicht mehr zu Ihme behanndlen lassen, das auch nit, wie es vorbracht, beschehenn als vnsers theyls wissennt, deren Zeugnus hiezu in continenti 'ditzmalls auch gebraucht, vnd do deme gleich auch also, so dasselb zum erstenn abgelegt Cum separatio non posſit fieri, nisi juditiali cognitione et sententia praecedente, quemadmodum enim diuina jussione & decreto interueniente nexus conjugalis impetratur, ſic hoc postpoſsito et ille reſcindi siue rumpi non potest.

Zum funfften hat sie vorbracht ein auslegung Lutheri vber das funffte Capittell Mathei etc., das auch obgelent dieweill der sensus, neque expreſsa mens Lutheri des orts nit dahin gerichtet, wie sie das eingefurt, vnnd sonnsten anhero zu dissen fall gantz nit behorig etc.

Vnnd dieweill dann summarie dis befunden, das Matrimonium legitimum, auch zur separation einige genugsame vrsach nit vorbracht, Vnnd dann dis erwogenn, do gleichen etwas de seuitia erweist wehre worden, wie nit beschehen, Erstlichen aber die praesumptio contra eam, quae sine iuditio Ecclesiae ſua tantum temeritate receſsit à uiro, Zum andern quod nulli licet uxorem deserere niſi prius probata cauſa diſsidii Ecclesiae, imo absque causae cognitione a uiro suo dimiſsa ad omnia restituenda, Vnnd wie der text saget d. ca. ſiue de Conjugii 33 q. 2. nisi post restitutionem neque de Conjugii foedere neque de adulterii crimine inter virum et vxorem iuditium agitandum, multo minus in aliis, ut homicidio, vbi additur ratio elegans, quia ipsa separatio poena est, et poena nulli inferenda nisi per iudicem, etc. Ergo.

Zum Drittenn, Das der Cleger ihnn priuilegiato Jnterdicto die Regulam fur sich ſpoliatum ante omnia reſtituendum, vnd die zu hindertreyben genugsame vrsach vorbracht, Wir die Commissary auch Jn fauorabili causa matrimonij ex parte Actoris gewesen, habenn Wir darauff das Vrtheill gericht, vnnd sonderlichenn ihnn vnndertheniigen besehenn Der Commission, die sachenn also zu entscheidenn, damit E. f. g.

deshalben Zu hoffe mit weyteren anlauffen geubriget sein vnnd bleiben mocht etc.

Wir habenn der beclagttenn auch aus allerley bedenckenn freygelassen, post cohabitationem et plenariam restitutionem der tyranney des Mannes beweis vorzubringen, aus deme ne pateat locus quaerelae quasi de seuitia sibi ius non redditum, Welchs ex defectu probationis ihr itzo nit vortreglichenn sein konnenn.

Demnach aber vonn solchem vnnsern spruche alsobaldt ahn E. f. g. von beclagten theill appelliret, Von E. f. g. aber vnns genedig nit beuholen der appellation zu deferirenn, Vielmehr aber die ganntze enntscheidung der Ehesache, vermoge E. f. g. auffgetragener genediger Commissionn, Thun E. f. g. wir solches alles vnnderthenig vermeldenn, Vnnd Was Wir vnns fernner vnnderthenig hierauff, besonders do vmb Apostel, aber auch vmb execution sententiae angelangtt, Stellen wir ihnn E. f. g. genedigen gefallen, Vnd erwartten hierauff derselben genedigen beuhell, dem Jede Zeitt gehorsamblichen nachzuleben vndertheniigen, Dan E. f. g. vnderthenige treue, vnd gehorsame Dienste zu bezeigen erkennen wir vns, ihnnmaßen wir datzu willigst sein, vorpflichttett, vnd gantz schuldig.

Geben Rostock Donnerstags nach Laurenti Ao. 63.

E. F. g.

Vnderthenige ge
horsame

D. Dauid Cythraeus
Simon Pauli vnd
Johan Bouke*)

## Sententia.

Auff empfangene Commission des durchleuchtigen hochgebornen Fursten vnd hern, Herrn Vlrichen Hertzogen tzu Meckelburk etc. vnssers genedigen hern vnd Landesfursten, ihnn sachen

*) Die drei Unterschriften rühren von einer Hand, aber nicht von derjenigen des Concipienten her.

Heinrichen Wullenböcker Clegern ahn einem, vnd seiner Hausfrawen als beclagttin anderstheills anlangende, erkennen wir hirtzu genediglichen vorordentte Commissary vor rechte, Das nach gelegenheitt angebrachtter Clage, anttwortt, kegen vnd widderrede, so viel erschinnen, Das beclagtte ihres vorwendens vngeachttett Clegerrnn ihrem Eheman ehlichen beytzuwhonen schuldigk, Ihnnmaßen dan crafftt habender Commission, wir ihr ihnn achtt tagen hierauff bei ihme sich gehorsamblichen einzustellen, vnd demselben ehlichen beitzuwohnen aufferlegen. Hette aber die beclagtte Frau do diesem allem gehorsamblichen nachgelebtt, vnd ihm werck volstendiglichen erfüllett sie vber ihres Ehemannes vntregliche pflege, aber tyranney rechttliche, Vnd genugsame vrsachen vortzuwenden, wurde sie auff den fall dan billich gehortt. Von Rechtts wegen."

---

## Urtheile des Consistoriums zu Rostock aus den Jahren 1684—1756.

### I.

Am 30. Oktober 1684 erhob die Ehefrau des Bürgers Christian Kuhlmann zu Ribnitz gegen ihren Mann Klage auf Ehescheidung, weil der Mann sie mehrfach arg mißhandelt und bei den Haaren herumgeschleppt, auch sie „vor eine öffentliche Coronne" gescholten und ihr öfter mit einem Schustermesser den Tod gedroht habe. Außerdem habe er gesagt, es sei ihm seine Frau in des Teufels Namen vertrauet worden und habe von ihr zu wissen begehrt, ob ihre Mutter eine Hexe sei. Auch habe er einmal ihre Mutter mit beiden Armen gefaßt, gegen die Wand geworfen und mit Füßen gestoßen. Sie sei in Folge dessen von ihrem Manne, der auch sein Schusterhandwerk nicht mehr ordentlich habe betreiben wollen, fortgegangen und halte sich in Rostock bei ihren Eltern auf.

Die von der Klägerin behaupteten Anschuldigungen wurden zum größten Theil durch Zeugenaussagen erwiesen, und erging hierauf unter dem 9. Januar 1685 nachstehender Bescheid.

„Weill der Beklagter Christian Kuhlmann judicialiter

ad protocollum angelobet undt sich verpflichtet, mit seiner Ehefrauen Anna Maria R. alß einem Vernunfftigen Christlichen Ehemanne zustehet undt gebühret Innskünfftig umbzugehen undt Sie weder mit worthen noch wercken zu beleidigen noch ihr eingebrachtes zu Vernichten undt zu Verderben, sondern derselben alles Liebes undt gutes zu erweisen undt Sie nach notturfft zu versorgen undt das ihrige zu conserviren undt sein bißhero angegebenes undt niedergelegtes Schuster Hand Werck hinwieder zu ergreiffen undt zu treiben, auch deßen behuff innerhalb 4 Wochen a dato ein eigenes Hauß wieder zu kauffen undt da er dem also nicht nachkommen solte, in 100 Rthlr. straffe, so Er mit aller seiner Haab undt Güther itzige undt zukünfftige versichert Unsernn Fisco verfallen zu sein undt andere rechtliche Verordnung über sich ergehen zu laßen; So ist sothane deßelben erklährung undt Willkühr dergestalt angenommen, daß wann Beklagter sich solcher gestalt würde wieder eingerichtet haben, deßen Ehefrau Anna Marie R. sich bey ihm alß ihrem Ehemanne mit dem was Sie Ihm zugebracht wieder einzufinden undt demselben wie einer Christlichen Ehe Frawen geziemet zu begegnen schüldig, Jedoch, daferne derselbe sich der gebühr gegen Ihr nicht verhalten solte, nicht allein ihr alle undt jede wieder ihren Ehemann itzo ad protocollum an- undt vorgebrachte Beschwerde reserviret undt vorbehalten sein sollen, Sondern auch wan der Beklagte seine Frau wieder diese Willkühr mit Worthen oder Wercken beleidigen undt Sie deßfallß wieder ihre Klage ergreiffen würde, ihren alßdann habenden Beschwerden, wenn Sie selbige mit einem körperlichen Eyde bestärken würde, in entstehung anderen oder des Beklagten Gegenbeweises vollenkommener glaube beigeleget undt darüber waß den rechten gemäß erkant undt verordnet werden soll, welches ihr Ehemann Christian K. alles also angenommen, undt ist damit diese sache gäntzlich abgethan undt gehoben. V. R. W."

Die Parteien vereinigten sich nicht wieder, es fanden in-

folgedessen erneute Verhandlungen vor dem Consistorium statt, welche jedoch zu einer Aussöhnung der Eheleute ebenfalls nicht führten, und wurde darauf im Termin vom 30. Juni 1685 nachstehendes Urteil verkündet.

„Daß die Anna Maria R. ihres Einwendens ungeachtet durch zulängliche Zwangsmittel dahin zu halten, daß Sie dem .... Abscheide vom 9. Jan. lauffenden Jahres gemäß sich mit dem, waß Sie Ihrem Manne Christian K. zugebracht fördersambst wieder bey demselben einfinde; dieser aber waß zu ihr seiner Frauen niederkunfft für nothwendige impensa geschehen, nach zugelegter rechnung ungeseumbt zu bezahlen schuldig undt übrigens beyde Theile obbenanntem Letzterm Willkühr undt Abscheidt vom 9. Jan. sich in allem gemeß verhalten sollen .... V. R. W."

In Folge dieses Urteils vereinigten die Eheleute sich wieder. Aber schon am 25. Februar 1686 beantragte die Ehefrau aufs Neue, sie von Tisch und Bett ihres Mannes zu scheiden, weil dieser sie wiederum gemißhandelt und sie unter Drohungen aus dem Hause geworfen habe, wie durch die Aussagen verschiedener Zeugen bestätigt wurde. Nach verhandelter Sache erließ das Consistorium hierauf am 16. September 1687 nachstehendes Urteil.

„Wird Beklagter seines Wohl Verhaltens undt daß er Klägerin auch mit entziehung der nöthigen Lebensmittel nicht beleidigen wolle, innerhalb 4 wochen auf 200 Rthlr. Unserm Consistorio gültige Bürgen stellen, auch für bißherige unterhaltung des Kindes an Clegerin 16 Rthlr. erstatten, ist Clegerin schüldig, nach maßgebung des vor hiesigem Gericht den 9. Januarii ao. 1685 ergangenen Abscheides und Willkühr zu Beklagtem wiederumb zu kehren, Inmaßen solcher abscheidt und willkühr hiemit nochmahlen wiederholet undt bestetiget wird, Widrigen falß muß Beklagter gewertig sein, daß Clegerin auf ihr weiteres anhalten gebetener maßen zu Tisch und Bette nebst assionirung järlichen unterhalts von ihm geschieden werde. V. R. W."

Durch Bescheid vom 2. Dezember 1687 wurde diese Sentenz auf Antrag des Ehemannes dahin „erklähret"

„daß wenn Beklagter mittels Eydes erhärte, daß er mit allem angewandten Fleiß keinen Bürgen oder sonst bei genugsamer pfandes Versicherung anschaffen könne, ihm die auferlegte Caution innerhalb rechtsfrist Eydlich zu leisten verstattet sein soll,"

und wurde hierauf Beklagter am 26. Januar 1688 zu nachstehendem Eide zugelassen.

„Ich Christian K. Schwere zu Gott dem Allwißenden, daß ich zu der im neulichen Urtell vom 16. September ao. 1687 mir aufferlegten Bürgschaft mit allem angewanten fleiß keinen Bürgen anschaffen können undt Verspreche undt gelobe solchem nach mit diesem meinem Eyde Vor Gottes angesicht, das ich vermöge des in ao 1685 den 9. Jan. in hiesigem FFürstl. Gerichte ergangenen Willkühr mit meiner Frauen Anna Maria R. hinführo schied- undt friedlich leben, Ihr Kein ungebürliches Hertzeleidt zufügen undt absonderlich auch die nötige Lebensmittel nicht entziehen wolle So wahr mir Gott helffe undt sein heiliges Worth!"

## II.

Urteil vom 27. Mai 1692 in Sachen der Daniel Loffhans'schen Eheleute zu Güstrow, gesprochen von der Juristen-Fakultät zu Helmstedt.

„In Sachen Elisabeth St.'s, Klägerin an einem, entgegen und wieder Daniel L. Beklagten am andern Theil, Erkennen Wir Fürstl. Mecklenburgische Consistorial-Räthe hieselbst*), auf vorgehabten Rath der Rechtsgelehrten, vor Recht, daß zuforderst nochmalen aller Fleiß anzuwenden, Klägern und Beklagten miteinander auszusöhnen und in

*) Dieser Eingang ist völlig ungewöhnlich, die Urteile werden in früherer Zeit sonst ausnahmslos im Namen des Landesherrn gesprochen, und ist es augenscheinlich nur ein Versehen, daß die den Verfassern des Urteils unbekannte Eingangsformel nicht dementsprechend geändert ist.



Güthe zu reconciliiren. Würde aber in Entstehung der Güthe Beklagter rechtmäßige caution wegen nicht weiter verübender Gewaltthätigkeit bestellen, daß alsdann Klägerin sich wieder zu Ihm zu wenden, Ehlich beyzuwohnen und gebührenden Gehorsam und Bescheidenheit zu erweisen schuldig und dazu zu condemniren und zu vertheilen sey. Als Sie hiemit auf solchen Fall dazu condemniret und vertheilet wird. Von Rechts Wegen."

Rationes decidendi.

Alldieweilen 1. in actis nach Notturfft erwiesen, auch von Beklagten einigermaßen gestanden ist, daß Er sein Weib, die Klägerin, zu verschiedenen malen mit unziemblichen Schlägen gar übel tractiret, Nicht weniger aber 2. obgleich die sub num. 74 ad acta gebrachte Schrifft*) nicht zu attendiren, soviel befindlich, daß die Klägerin Ihren Mann in unbegründeten üblen Verdacht gezogen und auch gar schlechten Respect erwiesen und mit Scheltworten übel angelaßen habe, Und 3. gestalten Sachen und Umbständen nach pro incorrigibili nicht mag gehalten werden, Solchen fall aber 4. gütliche Vereinigung zwischen Eheleuten vorhero mit allem Ernst zu versuchen, und von dem Ehegatten, so sich mit unziemblichen Schlägen an dem andern vergriffen, caution zu erfodern ist, umb zu sehen, ob dadurch der schuldige Theil zu beßeren Gedanken könne gebracht werden, Und 5. bey solcher Bewantniß der punctus expensarum tacite zu übergehen, so haben wir in dieser Sache nicht anders als beschehenermaßen erkennen und sprechen können. Von Rechts Wegen. Helmstedt, den 30. April 1692."

## III.

Am 5. Oktober 1708 rief Heinrich Garbrecht's Ehefrau Anna, geb. K., zu Güstrow die Hülfe des Consistoriums gegen

*) Ein Vortrag der Tochter der Parteien, in welchem dieselbe ausführt, daß ihr Bruder die Mutter zu allerhand Bosheit und Uneinigkeit gereizt und dadurch den Prozeß verschuldet habe.



ihren Ehemann an, der sich grober Mißhandlungen gegen sie habe zu Schulden kommen lassen, und beantragte in der am 24. Oktober 1708 stattgehabten terminlichen Verhandlung Scheidung quoad thorum et mensam. Der Mann widersprach, und wurde darauf folgender Bescheid verkündet.

„Daß vorkommenden umbständen nach die Fraw bei vermeidung 50 thl. f. str.*) schuldig sein soll, wieder zu ihrem Manne zu kehren, und sich im Hauße alß Einer vernunfftigen frawen zustehet, auffzufüren, die verkauffung aber der wahren bleibet vor der Hand zu des Mannes Disposition allein, bis der Process vor Unserer Cantzeley wird geendiget sein, doch soll der Mann schuldig sein, indes notdürfftigen unterhalt vor die fraw und Kinder anzuschaffen, die fraw aber soll sorgen, daß das Eßen zu rechter Zeit gekochet und zu Tische gebracht werde. Dahingegen wird dem Bekl. alß Ehemann bey 200 thlr. fiscal. str. verboten, daß Er seine fraw nicht prügele, noch weniger Ihr mit todtl. Gewehr dräwen solle, da aber seine fraw auff eine unbillige art Ihn zum Zorn reitze und solches auff sein vermahnen nicht unterlassen wolle, so soll Er solches bei Unserem Geistl. Ger. unterthl. anmelden und alßdann nach befundenen umbständen Ihm ger. Hülffe gereichet werden. V. R. W."

Hierauf wurde von den Parteien in nicht näher ersichtlicher Weise ein Prozeß vor dem Hof- und Landgericht geführt, in welchem unter dem 30. Mai 1709 der nachstehende Bescheid erging.

„Weil Beklagter den Ihn auferlegten Eydt, daß Er weder seiner Frau noch deren Kinder und Dienst Bothen beleidigen wolle, würcklich abgestattet, und Er darauff seines arrestes erlassen, alß wirdt hiemit auß sonderlicher bewegung des Gerichts diese interims-Verordnung gemacht, und so woll demselben als auch der Klägerin bey harter willkührlicher Straffe ernstlich anbefohlen, Sich beyderseits

*) Fiscalischer Strafe.

des in lite gekommenen Hauses biß auff fernere Gerichtliche Verordnung müßig zu gehen .... Und wird die zwischen Mann und Frau in pcto saevitiae im Consistorio hangende Sache dahin Krafft dieses hinwiederumb verwiesen, und sollen dieselbe solche daselbsten wie auch die allhie hangende Appellation-Sache mit dem fodersambsten fortzusetzen und zum Ende zu befodern gehalten seyn .... Von Rechts Wegen."

Infolge dieses Bescheides fand ein neuer Termin vor dem Consistorium statt, welches nach Einsicht der Akten des Hof- und Landgerichts am 25. Juli 1709 den folgenden Bescheid erließ.

„Daß die Frau schuldig sey, zu ihrem Manne zu kehren, bey Ihm an einem tische zu speisen, bey Ihm auff sein begehren zu schlaffen und Ihm die Eheliche Pflicht zu leisten, und solches alles bey straffe, welche wieder die boßhaffte frawen verordnet, welche sich ohne genugsahme Ursach von ihrem Manne trennen. Dagegen bleibet respectu des Mannes die geleistete Eydtliche caution in ihrer Krafft, und wird dem Manne sub poena perjurii verbohten, Sich an seiner frauen mit schlägen oder mit tödtlichem Gewehr nicht zu vergreiffen."

In dem schriftlichen Votum des Referenten wird dies Urteil in nachstehender Weise begründet.

„Die Frau hatt den Mann zu Zorn gereitzet, indem Sie nicht mit ihm speisen noch bey Ihm schlaffen wollen, das schlagen mit dem Stock auf den Arm ist Keine solche saevitia, daß deßhalb separatio quoad thorum et mensam stadtfinde, das dräwen ist nur teste unica et suspecta (das Dienstmädchen der Parteien) erwiesen und durch die angenommene und praestirte eydliche caution gehoben, insonderheit da maritus uxorem mit tödtl. Gewehr noch kein mahl überlauffen."

Auf Appellation der Frau wurde dies Urteil durch Urteil des Hof- und Landgerichts vom 29. April 1710, gesprochen von der Juristen-Fakultät zu Wittenberg (ohne Entscheidungsgründe) bestätigt.

Die Frau kehrte auch jetzt nicht zum Manne zurück, und fand deswegen eine erneute terminliche Verhandlung vor dem Consistorium am 24. September 1710 statt, welche mit nachstehendem Bescheide schloß.

„Daß Anna K., Heinrich Garbrecht's Ehefrau, einwendens ungeachtet schuldig sei, innerhalb 8 Tage zu ihrem Manne zu kehren, bei Ihm an einem Tische zu speisen, auch auff sein begehren bey Ihm zu schlaffen und die Eheliche Pflicht zu leisten, wiedrigenfalß soll der Mann in ihre Güther immittiret und wieder Sie alß eine boßhaffte Verlasserin verfahren werden. V. R. W."

Da die Frau auch jetzt noch nicht zum Manne zurückkehrte, wurde sie auf Requisition des Consistoriums vom Stadtrichter zu Güstrow in Haft genommen, bis sie sich zur Rückkehr bereit erklären würde, und auch aus der Haft nicht entlassen, als sie das nachstehende Restitutionsurteil des Hof- und Landgerichts vom 7. Oktober 1710 beibrachte.

„Würde Implorantin vermittelst eines Leiblichen Eydes bestercken, und also in supplementum Schweren, daß der Implorat, Ihr Ehe Mann, so woll vor alß nach dem an Ihn vom Consistorio ergangenen Verboht, sie sehr offt vor eine Landt Streicher Huhre, Lauf Huhre, Teuffels Huhre ausgescholten, Ihr Vielfeltig die Mütze vom Kopffe gerißen, Ohrfeigen gegeben, auch mit der Hundtspeitschen ein Mahl und mit ein Spansch Rohr nach geschehenem Verboht im Consistorio, Zum andern Mahl auf ihren Krancken und Lahmen arm geschlagen, daß solcher sehr gebluhtet und Ihren Mann selbst Bange dabey geworden, Ihr die Backen aufzuschlitzen nicht allein offters gedrohet, sondern sie gahr einmahl mit einem bloßen Meßer, ihr die Backen aufzuschlitzen, biß an die Kammer, wohin sie sich retiriret und die Tühre hinter sich verschloßen, verfolget, und wie er nicht hinein kommen können, etliche Mahl mit dem Meßer auß Boßheit in die Tühr gestochen, Ihr Tobackspfeiffen in die augen geworffen, sich auch damahls dräwlich vernehmen laßen, Er wolte sie so Klein machen,

als wen sie die Katzen zerkauet hetten, sich da benebenst sehr verflucht, er wolte sein Lebtage nicht an ihren Tische Eßen, viel weniger solte sie an seiner Seite kommen, denn sie were eine Huhre, auch noch hinzugethan, sie solte nicht eine Friedtliche Stunde bey ihm haben und so ferner, auch in Ihrem Gemühte davor halte, daß sie ohne Leib und Lebens Gefahr denselben wegen seiner Saevice nicht ferner Ehelicht bey wohnen Könte, So were sie wieder die Vorige Urtell Von 29. April dieses Jahres in integrum zu restituiren und von Ihrem Ehemann quoad thorum et mensam zu Separiren gestalt sie den, in illum eventum hiemit in integrum restituiret und von ihren Manne von Tische und Bette geschieden wirdt. Von Rechts Wegen."

Die Frau erklärte sich hierauf bereit, zu ihrem Manne zurückzukehren, wenn sie vom Consistorium dazu gezwungen werde, nahm jedoch diese Erklärung, als sie auf Grund derselben zur Rückkehr angewiesen wurde, wieder zurück, und schließen die Akten mit der Mitteilung des über diese letzte Erklärung aufgenommenen Protokolls des Stadtrichters zu Güstrow an das Consistorium.

## IV.

Am 28. März 1719 erhob der Fiskal Klage bei dem Consistorium gegen die Schneider Schmidt'schen Eheleute zu Bruel, weil dieselben eigenmächtig auseinander gegangen waren.

Im Termin vom 6. Juni 1719 erklärte die Frau, sie habe sich vom Manne getrennt, weil er gestohlen und deswegen eine geraume Zeit in Verhaft gesessen habe; sie wolle lieber sterben als zu ihm zurückkehren. Der Mann gestand zu, daß er sich gegen seine Frau nicht so benommen habe, wie er sollte, und gelobte Besserung, wenngleich auch die Frau sich schlecht gegen ihn benommen und ihn geschlagen habe.

Nachdem durch mehrere Zeugen festgestellt war, daß der Mann die Frau vielfach geschlagen hatte, erging nachstehender Bescheid.

„Daß Heinrich Schmidt's Ehefraw schuldig sey, ihren

Ehemann innerhalb 8 Tagen wiederumb in Ihr Hauß und Bette auff und anzunehmen und sich alß einer Christlichen Ehefraw gebühret, gegen Ihn zu betragen, wiedrigenfallß Sie so lange in gefänglichen Zwanck bey waßer und brodt solle gesetzet und behalten werden, bis Sie gelernet, nach Gottes wordt mit Ihrem Manne umbgesondert und Christlich zu leben. Hingegen wird auch Ihrem Manne anbefohlen, sich mit Seiner Ehefrawen, wie es einem Christlichen Ehemann gebühret, zu begehen, und sich an Ihr weder mit wordten noch mit wercken Zur Ungebühr zu vergreiffen, wiedrigenfalß Er auch nach befindung seines Ungehorsams und ungebührlichen betragens mit Gefängnißstraffe solle beleget werden. V. R. W."

Die Frau gehorchte diesem Bescheide nicht und wurde infolgedessen auf Anrufen des Fiskals am 26. Juni 1719 der Obrigkeit derselben, dem Landrat von Freyburg zu Bruel kommittiert, die Frau „so lange bei Waßer und Brodt in custodia zu detinieren, biß Sie zur beßeren Erkenntniß gebracht, sich resolvire und fest angelobe, obbesagter Urthel in allem ein satsahmes genügen zu leisten."

Auf Bericht des Landrats von Freyburg, welcher die Trennung der Eheleute von Tisch und Bett befürwortete, erging sodann aber am 16. September 1719 nachstehender Bescheid.

„Daß Wir vorkommenden Umbständen nach und auß Unß bewegenden Ursachen geschehen laßen, daß die Maria Schmidten auß der Custodia praestita Urphedi erlaßen und die separatio quoad thorum et mensam unter diesen beyden Eheleuten geschehen möge."

Zur Begründung dieses Bescheides heißt es in dem Votum des Referenten:

„Meo voto, da keine Hoffnung ist, daß diese Eheleute sich jemals friedlich miteinander betragen werden, möchte man dieselben quoad thorum et mensam nunmehro von einander separiren."

Auf Antrag des Fiskals wurde die Frau demnächst noch einmal zu einem Sühneversuch vor das Consistorium geladen

und beim Mißlingen desselben am 8. Dezember 1719 die separatio quoad thorum et mensam wiederholt verfügt.

## V.

Durch ein Reskript des Herzogs Carl Leopold d. d. Danzig, den 9. April 1723 wurde das Consistorium angewiesen, die zwischen dem Zollverwalter Johann Peter Lembke zu Dömitz und dessen Ehefrau fortwährend stattfindenden Streitigkeiten rechtlicher Art nach zu untersuchen und „nach genughaffter Sachen cognition selbige bei entstehung fleißigst versuchter gütlichen Vereinigung durch einen Spruch Rechtens zu terminiren."

In dem hierauf angesetzten Termine vom 26. Mai 1723 erklärte der Mann, „er könne nicht umbhin, unterth. anzuzeigen, wasmaßen Implorantin der Ehe sub condicione von ihm verlanget, daß Er mit Ihr den Zoll-Commissariat-Dienst zu Dömitz erhalten solle und da er nun nicht anders alß unter dieser Bedingung sich in ein Ehe-Verbündniß eingelaßen, diese aber von Seiten der Implorantin nicht erfüllt werde, könne auch derselben von Principalen auff Keinerlei arth und weise renunciiret werden . . . . . . so könnte die praetendirte Ehe, worinn er niemals consentiret, vor gültig nicht erkannt werden, gestalt er nach untersuchter Sache solchergestalt zu erkennen bitte."

In dem nun folgenden artikulierten Verhör erklärte die Frau, daß sie mit ihrem Mann zwei Nächte zusammen geschlafen, ohne jedoch von ihm berührt zu sein, und dreiviertel Jahre mit ihm zusammen gespeist habe. Der Mann habe ihr erklärt, er habe einen Fluch gethan, daß er nicht bei ihr liegen wollte, ehe die Erfüllung dessen geschehen, was ihm versprochen worden. Sie selbst habe ihm vor ihrer Verheiratung nichts versprochen und sei bereit, mit ihm in Ruhe und Frieden zu leben.

Der Mann mußte zugeben, ordnungsmäßig mit der Frau kopuliert sein', behauptete aber, es sei nicht mit seinem freien Willen geschehen, und blieb die Antwort darauf schuldig, wer ihn dazu genötigt habe. Außerdem behauptete er jetzt, der Bruder der Frau und andere Leute hätten ihm versprochen, ihm das Zollkommissariat in Dömitz zu verschaffen, wenn er die

Frau heirate, blieb aber dabei, daß es ihm unmöglich sei, die Ehe mit seiner Frau fortzusetzen.

In einem weiteren Termine vom 12. Januar 1724 stellte die Frau den vorher schon schriftlich eingereichten Antrag, Imploranten dahin anzuhalten, daß er sie als seine Ehefrau zu sich nehme und wie einem Ehemann gebührt sich gegen sie verhalte. Der Mann widersprach diesem Antrag.

Die Sache ruhte jetzt, bis das nachstehende Reskript des Herzogs Carl Leopold d. d. Danzig, den 14. September 1724 an das Consistorium erging.

„Demnach wir uff unterthänigst-demüthigstes anhalten sowohl des Johann Peter Lembcken als dessen Ehe Frawen Charlotte E. die unter Ihnen rechtshängige Sache zu einreißung mehrerer Aergernisse und inconvenientien nicht länger unentschieden wißen wollen, sondern, wenn solches mit Recht und Gewißen thunlich ist, gnädigst geschehen laßen, daß sothanes Matrimonium mittelst zuerkennung einer zulänglichen Satisfaction für besagte Charlotte E. wiederumb dissolviret und getrennet werden möge, So committiren wir Euch hiemit in gnädigstem Befehl, die Partheyen fördersambst nochmahlen Persönlich vorzubescheiden und deren wiederaußsöhnung und vereinigung auf alle möglichste weise zu versuchen, falls aber dazu weiter keine Hoffnung seyn würde, den Satisfactions und Abtrags-punct durch einen Vergleich inter Partes dahin zu erörtern, daß Er Johann Peter Lembcke der Charlotte E. 2000 Reichsthaler Capital, wovon sie bisher die Zinsen provisionaliter genießet, außzahle und eigenthümblich zukehre. Und wenn mehrbesagter Lembcke sich hierzu in gute nicht anbequemen wollte, die Ehe-Scheidung zwar zu erkennen, iedoch d. quantum Satisfactionis weniger nicht als auff 1500 thlr. ex officio zu determiniren und einen legalen Terminum zu dessen würcklichen außzahlung sub poena paratissimae exec. zu praefigiren."

In dem hierauf am 23. November 1724 vor dem Consistorium stattgehabten neuen Termine beantragte die Frau wieder-

holt, den Mann „zu gänzlicher Erfüllung der Obliegenheit eines Ehemannes an-, mit seiner angestellten Nullität-Klage aber gänzlich abzuweisen", wogegen der Mann erklärte, „es würden Acta zeugen, wie es ihn ohnmöglich wäre, zu der Ehe sich zu resolviren und wiße Gott, mit was for einem Gemüthe Er die Copulation habe müßen vollziehen laßen."

Hierauf erging nachstehender, am 24. November 1724 publizierter Bescheid.

„Wird vorkommenden umbständen nach, und da der Zollverwalter Joh. Peter Lembcke auff keinerley arth und weise dahin zu bewegen, Seiner frawen Ehelich beyzuwohnen, pro malitioso desertore hiemit erklärt und das Eheliche Band gänzlich getrennet; jedoch ist Er schuldig, seiner gewesenen frawen binnen drey wochen sub poena paratissimae execut. 1500 thlr. und in einer Summe zu erlegen. V. R. W."

(Dieses durch das persönliche Eingreifen des Herzogs Carl Leopold herbeigeführte Urteil ist in hohem Grade auffallend, insofern dasselbe in striktem Gegensatz gegen die sonstige Praxis des Consistoriums die Scheidung gegen den Willen des unschuldigen Teils und auf Wunsch des im Urteile selbst als malitiosus desertor bezeichneten Ehemannes erkennt.)

## VI.

Margarethe Catharina V., Friedrich Daniel Niederfeldts, Chirurgus zu Güstrow, Ehefrau klagte gegen ihren Ehemann wegen Mißhandlungen und schlechter Behandlung auf Scheidung von Tisch und Bett. Durch Vernehmung von Zeugen wurde konstatiert, daß die Klage wenigstens zum Teil begründet war, und erging darauf am 26. April 1725 der nachstehende Consistorialbescheid.

„Daß Beklagter schuldig sey, mit 200 thlr. oder in ermangelung des Geldes mit einem körperlichen Eydt Sich zu verbürgen, Seine Ehefraw weder mit bedrohentlichen Wordten noch thätlicher Gewalt zu beleidigen, worauff dieselbe, was Sie gleichfalß angelobet, Ihrem Manne

friedlich beyzuwohnen, Ihrer Haußhaltung wol fürzustehen und friedlich bey Ihm zu leben, Er Sie wieder annehmen, auch Sie wieder zu Ihm kehren solle. V. R. W."

Dies Urteil kam nicht zur Ausführung, und klagte der Ehemann gegen die Frau, welche sich weigerte, zu ihm zurückzukehren, demnächst auf Scheidung wegen malitiosa desertio. Das auf eingeholten Urteilsspruch der Juristen-Fakultät zu Greifswald am 30. November 1728 publizierte Urteil lautet folgendermaßen.

„. . . . Daß die gebehtene gänzliche Ehe Scheidung noch nicht stattfinde, sondern Kläger zuvor die in Judicato vom 26. April Anno 1725 injungirte Caution zu beschaffen schuldig sey und hirnegst Beklagtin angeloben müsse, ihrem Manne friedtlich beyzuwohnen, ihrer Haußhaltung gebührend vorzustehen undt friedtlich bey Ihm zu leben, worauff Beklagtin sich zu Ihren Ehemann zu begeben, undt Kläger dieselbe wieder annehmen muß. Daferne aber Beklagtin nach bestelleter Caution sich zu ihn zu begeben weigern solte; So ist Sie in beharrlicher Verweigerung durch gewöhnliche Zwangs-Mittell dazu billig anzuhalten, undt, fals Sie zugleich dazu nicht zu bringen stehet, So gehet darauff in pto malitiosae desertionis ferner, was Recht ist. V. R. W."

Rationes dubitandi et decidendi.

„Es ist zwischen Friedrich Daniel Niederfeldten undt seiner Ehefraw Margarethe Catharina V. eine Sententia vom 26. April Anno 1725 dahin gefället, daß Maritus Caution auff 200 Rthlr. und in Ermangelung derselben Juratorische Caution zu bestellen schuldig sey.

Worauff desselben Ehefraw, wan sie gleichfalls angelobet ihren Ehemann friedtlich beyzuwohnen, Ihrer Haußhaltung woll fürzustehen undt friedtlich bey Ihm zu leben, Er Sie wieder annehmen, und Sie wieder zu Ihm sich begeben solle, welche Urtell Wir denen Rechten gemäß befinden, als aus dem Zeugen-Verhör sich hervorgethan, daß Maritus zwar ungebührlich sich gegen seine Ehefraw auffge-

führet, jedoch aber auch die Fraw nicht außer aller Schuldt sey, sondern in vielen Stücken sich auch zu beßern habe.

Hirvon hat Maritus zwar Appellationem interponiret und interpositam intimiret, nachgehends aber dieselbe deseriret und Klage wieder seine Ehefraw in Pto malitiosae desertionis hinc totalis divortii angestellet.

Nun mögte man davor halten, daß ex capite malitiosae desert. divortium erkandt werden könte, dieweil Sie eigenmächtiger Weise von Ihm gegangen, undt annoch post Sententiam adductam sich vernehmen lassen, wie Sie sich nicht resolviren könte noch wolle, sich wieder zu Ihn zu begeben, wozu Kombt, daß Sie selbsten divortium qua vinculum Matrimonii und eventualiter nur Separationem qua Thorum et Mensam gebehten. Allein als Beklagtin wegen Klägers unchristliche aufführung gegen Ihr von Ihm gegangen, und also pro malitiosa desertrice nicht gehalten werden mag, dan Sie auch eher als Kläger dem Judicato gemäß, die Caution praestiret hat, sich zu Ihn zu begeben nicht gehalten ist, dan aber, wan Maritus dem Judicato gemäß ein genügen gethan, und Sie darauff sich zu Ihn nicht begeben wolte, mit Ihr zuforderst die gewöhnliche Zwangs=Mittell, als Gefängniß, gebraucht werden müßen, undt wan Sie dadurch nicht dahin zu bringen stehet, alsdan pro malit. desertrice zu achten ist.

So haben Wier danach erkennen müßen und gehet darauff ferner, was sich zu Rechte gebühret Alles

Von Rechts Wegen."

## VII.

Die Ehefrau des Goldschmieds Lembke zu Güstrow klagte gegen ihren Ehemann auf separatio quoad thorum et mensam, weil derselbe sie schlecht behandelt, sie vielfach mit dem Stock geschlagen, auch mit einem Hammer nach ihr geworfen und durch Trunksucht sie und ihre Kinder unglücklich gemacht habe.

Nach Vernehmung zahlreicher Zeugen wurde am 19. Juli

1730 das nachstehende von der Juristen-Fakultät zu Greifswald eingeholte Urteil publiziert.

„Daß Klägerin zur Nohtdurfft so viel erwiesen, daß sie dem Beklagten wieder Willen zu Tisch und Bett beizuwohnen nicht schuldig, er habe denn zuvor bürgerliche genugsahme Caution wenigstens auff 500 Rthlr. bestellet, daß Er sich mit Schmähen und Schlagen an ihr nicht vergreiffen, Sie auch mit denen Kindern nohtdürfftig versorgen wolle; Inzwischen aber, dass dieses nicht geschehen, bleibet Klägerin von ihrem Ehemanne zu Tische und Bette geschieden . . . .“

Die Rationes dubitandi enthalten zunächst Ausführungen über die Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen und fahren dann fort:

„. . . . Derohalben kombt es nun darauff an, ob Klägerin durch die Zeugen so viel bewiesen hat, dass eine Scheidung von Tisch und Bette geschehen müsse.

Nun erhellet (1) aus der Zeugen depositionen, dass Beklagter die Sauff-Seuche habe, der Brandtwein sein erstes und letztes sei, dahero er fast den Tag außer Hause zu Kruge lebe, darüber seine Profession gäntzlich negligire, auch überall was tüchtiges zu machen, fast ungeschickt geworden sei.

(Folgen Citate aus den Zeugenaussagen.)

Beklagter selbst gestehet nicht undeutlich das Brandtwein-Trinken, indem Er anführet, dass Er solches seiner Kränklichen constitution halber thun müsse. Wan nun diese Brandtwein-Seuche eine Besserung von Beklagten nicht hoffen lässet, weil dieses Uebell viel mehr je länger je ärger zu werden pfleget, undt demnach schon elend undt Unglücks genung ist bey einem Manne zu wohnen, der alle Tage von Brandtwein trunken ist, nichts verdienet und dergestalt Fraw undt Kinder nicht unterhalten mag, so mögte schon dieserwegen mit einer Separation der Klägerin gewillfahret werden. Da aber dieses allein zur Scheidung von Tisch und Bett nicht zureichen will, So ist

doch (2) zu consideriren, daſſ Beklagter ſeine Fraw mit Schmähen und Schlägen überall tractiret hat, was das Schmähen betrifft, ſo haben Zeugen deponiret, daſſ Er Sie für Canaille, Bestie, ſchwere Rohtsgeſicht, Hure, verfluchte Seele ꝛc. tagtäglich ausgeſcholten

(Citate aus Zeugenausſagen)

daſſ Beklagter ſeine Fraw vielfältig und recht viehmäßig und noch woll ärger mit Lebensgefahr geſchlagen, nach Jhr mit tödtlichen Instrumenten geworffen, und überall recht erbärmlich tractiret habe, ſolches erhellet aus der Zeugen ihren depositionen.

(Citate aus Zeugenausſagen.)

Hinzu kombt (3), daſſ die Zeugen alles gutes von der Klägerinn deponiren, wie Sie ſich bluht ſauer werden laſſe, den Beklagten, ſich undt die Kinder zu unterhalten, zum lerm Keinen anlaſſ gebe, vielmehr Jhn allezeit höfflich begegne, und wann Er Sie gleich läſterlich außgeſcholten, dennoch ſtill geſchwiegen undt Jhm gute Worte gegeben.

(Citate.)

Ferner haben (4) Zeugen deponiret, wie Beklagter der Klägerin gedrohet, daſſ Er Sie noch beſſer prügelln wolte, wan Zeuge W. nur erſt weg wäre, item die gegebene Schläge wären nur vorbohten, dabey ſich gantz desperater Reden entfallen laſſen, als Er ſchöre ſich den Teuffell darumb, Sie mögten machen, was Sie wolten, item Er frage nach allem nichts, wan Sie Jhn auch einſetzen ſolten, Er hätte es ſchon darauff hingeſetzet, Er wäre desperat, daſſ noch ein Unglück im Hauſe geſchehen ſolte, es treffe Jhn oder die Fraw, item Er frage nach nichts, wan auch der Scharff-Richter Jhm den Kopf abſchlagen ſolte, item der Teuffell ſolte an Jhnen beyden gewiſſ einen brahten haben, und was dergleichen Droh-Worte mehr seyn.

(Citate.)

Nach angeführten Umbſtänden iſt woll nicht zu verandtworten, die Klägerin fernerhin der discretion des Beklagten zu überlaſſen undt Sie dergeſtalt der lebensgefahr

zu exponiren, bevorab, da Er von der obrigkeit in Güstrow schon nachdrücklich zur Besserung ermahnet worden, ein gleiches auch sein Beicht-Vater gethan, aber alles bey Ihn umbsonst gewesen, indem Er immer Uebell ärger gemachet, Weßhalb Kein ander außkommen ist, als die Klägerin von dem Beklagten zu Tisch undt Bett zu scheiden.

Indessen, da Praxis Consistorii mit sich bringet, dass die Scheidung von Tisch undt Bette alßdann pfleget wieder auffgehoben zu werden, wan a Parte nocente genugsahme caution de non amplius offendendo bestellet werden mag, so haben Wier auch dieses hieselbst miterkannt, jedoch, daß Sie mit Bürgen, und zwar auff 500 Rthlr. bestellet werde, dieweil die verübte Saevitien gar zu groß findt undt die gefahr bei Einem, der immer trunken ist, undt so gar gefährlicher desperater Reden sich vernehmen lassen, erfordert, dass Klägerin unter anderer caution als erkannt worden, sich Ihm anzuvertrauen nicht anzuhalten sey."

## VIII.

Der Zieglergeselle Hahnthon zu Lüburg erhob Klage gegen seine Ehefrau mit Berufung darauf, daß er früher in Pommern gewohnt habe und von dort seines besseren Fortkommens halber nach Mecklenburg gezogen sei, wohin die Frau sich jetzt weigere, ihm zu folgen. Er bitte daher, ihr sub poena malitiosae desertionis aufzugeben, daß sie sich längstens innerhalb 3 Wochen bei ihm zu Lüburg einfinden solle.

In dem am 12. Februar 1732 stattgehabten Termine erklärte der Mann sodann aber, er könne die Frau nicht wieder annehmen, weil er ihr nicht ehelich beiwohnen könne, quia nimis arcta.

Die Frau war bereit, wieder zu ihm zu gehen, wenn er sich, als einem Ehemann gebührt, aufführen und besser als geschehen leben wolle, behauptete auch anfangs, daß sie mit ihm den Beischlaf vollzogen habe, nahm aber letztere Erklärung später zurück. Durch eine herzugerufene „Bademutter" wurde konstatiert, „daß nur ein kleines häutgen in der Scham wäre, welches

mit gar leichter mühe von einem Barbier könte gelöset werden. Wenn nun dieses geschehen, wäre sie zum Ehestand tüchtig und könnte der Mann ohne weitere Hinderung alß einem Ehemann gebühret, mit Ihr sich abgeben."

Die Frau erklärte sich auf Befragen bereit, sich von einem Barbier lösen zu lassen, während der Mann auf die Frage, ob er sie wieder annehmen wolle, erwiderte, er stelle es dem Hochfürstlichen Gericht anheim, wolle aber lieber von ihr sein. Hierauf erging der nachfolgende Bescheid.

„Würde Dorothe W., Christian Hahnthons Ehefraw, die operation geschehen laßen und Sie hierdurch curiret würde, so ist Ihr Mann Christian Hahnthon schuldig, Sie zu sich zu nehmen und in der Ehe zu behalten. V. R. W."

Am 6. März 1732 bat der Mann, ihn gegen diesen Bescheid brevi manu in integrum zu restituieren und danach zu erkennen, daß die Ehe zwischen ihm und seiner Frau zu dissolvieren sei und ihm frei bleibe, sich anderweitig zu verheiraten. Zur Begründung dieses Antrags berief er sich zunächst darauf, daß nach dem Befunde der Bademutter seine Frau so beschaffen sei, „daß Finis matrimonii bey Ihr nicht obtiniret werden möge", und da er niemals darin konsentiert, eine Frau von solcher Beschaffenheit zur Ehe zu haben, wegen von seiner Seite mangelnden Konsenses die Ehe „an und vor sich" nicht bestehen könne. Ferner brachte er ein Notariats-Dokument bei, zu welchem eine Zeugin deponiert hatte, daß seine Frau ihr erzählt habe, sie sei früher schon einmal von einem Barbier aufgeschnitten worden, aber demnach also wieder zugeheilet. Danach sei es völlig ungewiß, ob eine neue Operation überhaupt Erfolg haben werde. Endlich sei seine Frau trotz seines Zuredens, ohne die Operation zu versuchen, wieder von ihm fortgegangen und nach Pommern zurückgekehrt. Er könne sich daher nicht entschließen, seine Frau zur Ehe zu behalten und mit ihr schied- und friedlich zu leben.

Dieser Antrag des Mannes wurde der Frau mit der Auflage kommuniziert, sich innerhalb vier Wochen über denselben vernehmen zu lassen, widrigenfalls in Gemäßheit desselben ver-

abschiedet werden solle. Eine Erklärung der Frau erfolgte nicht, und wurde infolgedessen auf Anruf des Mannes unter dem 9. Mai 1732 nachstehender Bescheid erlassen.

„Wird nunmehro vorkommenden Umbständen nach die zwischen Christian Hahnthon und Dorothea W. vorgewesene Ehe dissolviret und auffgehoben, und Klägern erlaubt, sich seiner Gelegenheit nach anderweitig zu verheyrathen. V. R. W."

## IX.

Am 3. September 1731 erhob der Fiscal Klage gegen die Tuchmacher Steffenhagen'schen Eheleute zu Parchim, welche sich wegen Unverträglichkeit von einander getrennt hatten.

In dem am 5. Dezember 1731 stattgehabten Termin bat der Ehemann, welcher inzwischen nach Sülz verzogen war, seine Frau anzuhalten, ihm dorthin nachzufolgen, widrigenfalls aber „Ihn von derselben als Einer boßhafften Desertricen gäntzlich loßzusprechen."

Die Frau gab an, der Mann habe in Parchim zu ihr, als einer Wittwe, hineingefreiet, habe sieben Jahre lang mit ihr dort gewohnt, vor nunmehr acht Jahren aber sie böslich verlassen und sie und die Kinder dadurch in die größte Armut gestürzt. Der Mann sei daher schuldig, wieder zu ihr ad forum domicilii zurückzukehren. Wenn er aber auf seiner Desertion bestehen solle, so bitte sie, das Vinculum matrimonii gänzlich aufzuheben.

Der Mann inhärirte seinem Antrage, da „eine Ehefrau allerdings schuldig ist, Ihrem Manne dahin mit wohnung nachzufolgen, wo Er seine Nahrung und Gewerb am besten fortzusetzen vermeinet."

Schließlich erklärte die Frau sich bereit, zum Manne nach Sülz zu ziehen und erging hierauf der Bescheid:

„Daß Steffenhagens Ehefrau schuldig sey, Ihrem Ehemann nach Sültze zu folgen, wobey zugleich beyde Theile angewiesen werden, Ihre Ehe friedlich und Gott gefällig zu führen. V. R. W."

Die Frau kam jedoch diesem Bescheide nicht nach und wurde ihr in Folge dessen auf Antrag des Mannes am 16. Januar 1732 aufgegeben, sub poena desertionis sich innerhalb drei Wochen bei dem Manne in Sülz einzufinden. Dieser Befehl wurde unter dem 14. Februar 1732 unter dem Präjudiz wiederholt, daß der Mann von ihr als einer boshaften Verlasserin gänzlich geschieden werden würde.

Die Frau protestierte hiergegen, worauf am 4. April 1732 der Bescheid erging,

> „Daß Beklagtin alles einwendens ungeachtet sich binnen drey wochen bey Ihrem Ehemanne unter Vermeydung von 20 thlr. fiscalischer straffe wiederumb einfinden soll. V. R. W."

Gegen diesen Bescheid legte der Mann Protest ein, da in demselben „allein des Fisci Interesse observiret, der Process aber von fornen Wieder angefangen worden". Im Übrigen könne er auch die Unkosten eines Prozesses nicht länger tragen und bitte daher, ihn nunmehr von seiner Ehefrau ob contumaciam gänzlich zu scheiden.

Infolgedessen erging am 8. Mai 1732 an Bürgermeister und Rath zu Parchim das Mandat,

> „daß Ihr die Dorotheam B. so lange biß sie sich bequemet, ihrem Mann zu folgen, in Verhafft nehmen lassen sollet".

Der Magistrat ließ die Frau vorfordern, nahm sie aber, obwohl sie sich entschieden weigerte, zum Manne zurückzukehren, nicht in Haft, weil „man kein Mittel ausfinden könne, wovon Sie mit dem Kinde zu unterhalten, wir auch woll gemercket, daß Sie auff solche Ahrt zu andern Gedanken nicht zu bringen seyn würde."

Auf abermaligen Anruf des Mannes, welchem diese Erklärung des Magistrats vom Konsistorium kommuniziert wurde, erfolgte sodann am 22. Oktober 1732 der Bescheid,

> „Daß nunmehro wegen der Beklagtin beharlicher widerspenstigkeit das Eheband dieser Eheleute gäntzlich auffzuheben."

## X.

Die Ehefrau des Bauern Friedrich Joerges zu Styrow hatte ihrem Ehemanne von vorneherein die Erfüllung der ehelichen Pflicht verweigert, und hatte kurze Zeit nach Schließung der Ehe sein Haus verlassen, weigerte sich auch, nachdem der Mann Klage gegen sie erhoben, vor dem Konsistorium auf das Entschiedenste, zum Manne zurückzukehren unter dem Vorgeben, daß sie in seinem Hause von einem Geist verfolgt werde; sie sei auch außer Stande, ihm ehelich beizuwohnen; wenn sie ihn nur sehe, werde ihr angst und bange.

Hierauf erging — gegen das Votum eines Mitgliedes, welches sich für sofortige Scheidung aussprach — der nachstehende Bescheid vom 14. Januar 1733.

> „Daß die Anna Elisab. S. von Ihrem Beichtvater nochmals auffs nachdrücklichste und beweglichste zu ermahnen sey, das bei Ihrer Copulation vor Gottes heiligem Angesicht gethane Gelübde vest zu halten; und wann solches bei Ihr nichts fruchten solte, von Ihrer Obrigkeit mit der Gefängniß-Straffe zu schrecken, auch mit solcher auff Acht Tage zu belegen, worauff dann ferner ergehen soll, was die Rechte erfordern.
>
> V. R. W.

Der Mann zeigte demnächst an, daß dies Urteil ausgeführt sei und die Frau die achttägige Gefängnisstrafe ohne Erfolg abgebüßt habe, und wurde sodann am 14. Juli 1733 nachstehender Bescheid erlassen.

> „Daß zuforderst die Anna Elisabeth S. nochmahl zur rückkehr nachdrücklich zu vermahnen sey, dafern Sie aber bey Ihrem vorigen sinne verbleibet, wird das Eheliche Band zwischen Ihr und Ihrem Ehemann hiemit auffgelöset und Friedrich Jörges Freyheit ertheilet, Seiner Gelegenheit nach Sich anderwärts Ehelich einzulaßen. V.R.W."

## XI.

In Ehesachen der Schneider Gnevekow'schen Eheleute zu Penzlin erging am 6. Oktober 1741 das nachstehende Urteil

auf eingeholten Urteilsspruch der Juristen-Fakultät zu Frankfurt an der Oder:

„Weilen Beklagter Klägerin als dessen Ehefrauen eines begangenen Ehebruchs und dass sie ihme die Leistung ehelicher Pflicht iederzeit versaget, beschuldiget, so ist derselbe solches binnen Ordnungsfrist Klägerin Gegenbeweis und Eydesdelation in ebenmäßiger Frist vorbehältlich gebührend zu erweisen verbunden, worauf wegen der gesuchten Entscheidung ferner ergehet, was Rechtens ist. V. R. W."

Entscheidungsgründe.

„Ob es wohl scheinen möchte, daß vor allen Dingen zwischen beiden Eheleuten eine Versöhnung, und daß sie wiederum zusammen sich begeben, zu versuchen und auf den Verweigerungsfall sogleich auf die Ehescheidung zu erkennen sey, gestalten die acta zur Genüge zeigen, daß Beklagter deßen Ehefrauen auf eine mörderische Weise überfallen und tractiret habe; hiernächst und wann auch darauf nicht zu reflektiren wäre, iedoch sowohl Klägerin als derselben Mutter in denen Akten und auch außergerichtlich zugestanden, daß sie vom Beklagten als ihrem Ehemann niemahlen fleischlich erkannt worden, mithin, da selbige eines Kindes genesen, es keinen weiteren Beweises bedürfe, absonderlich da noch dieses hinzukäme, daß sie mit einem Officier, so in ihrem Hause gewohnet, einen verdächtigen Umgang gepflogen, beständig auf deßen Stube sich aufgehalten, mit demselben Thée und Coffée getrunken und dadurch die Haußhaltung gänßlich negligiret, auch dieses alles durch die ad acta gebrachte attestata genugsam erwiesen worden sei.

Dieweilen aber des Beklagten Vorgeben nach Klägerin bei desselben Abwesenheit in sein Haus sich begeben und unterschiedene Beklagten zugehörige Sachen mit sich hinweggenommen, folglich selbige dahin wiederum bringen zu laßen vor allen Dingen verbunden; hiernechst die Güte unter beyden Eheleuthen schon von dem löbl. Consistorio und zwar vergebens tentiret worden, folglich in der Sachen

nunmehr selbsten zu erkennen; nechst diesem, daß Beklagter sich an seiner Ehefrauen vergriffen und selbige mit einem Stocke sehr übel tractiret, keine genugsame Ursache zur Ehescheidung ist, solchem nach es einzig und allein auf den beschuldigten Ehebruch ankommt, diesen aber Klägerin beständig geleugnet, auch daß sie gesagt haben sollte, die eheliche Pflicht vom Beklagten niemahlen genossen zu haben, keineswegs zugestanden, sondern vielmehr beständig dabei verbleibt, das auf die Welt gebohrene Kind mit Beklagtem als ihrem Ehemann erzeuget zu haben, auch dieses ohnedem in denen Rechten praesumiret wird und nicht zu glauben, daß, da sie beständig beysammen gewohnet, die eheliche Pflicht zwischen ihnen gäntzlich solte unterlassen worden seyn; gleichergestalt, wenn auch Klägerin zu zeiten dem Beklagten das debitum conjugale denegiret hätte und eine große Feindschaft und Widerwille zwischen ihnen sich fände, iedoch dieses ebenfalls zu keiner Ehescheidung annoch genug ist, sondern von denen Juri consultis protestantibus nicht unbillig verworfen und zum höchsten in dergleichen Fall die separatio quoad thorum et mensam verstattet wird.

Nicolai de divortiis cap. 5 num. 29

ebenermaßen was den beschuldigten Ehebruch anbelanget, zwar bekannt ist, daß ob vistentam praesumt. die Ehescheidung erkannt werden könne

Sanchez de matrimonio lib. 10 disp. 12 num. 41,

hier hingegen dergleichen sich annoch nicht findet, angesehen ad violentam suspicionem, welche man zur Ehescheidung vorauszusetzen pfleget,

Sanchez cit. loc. num. 45

nicht genug ist, daß Klägerin mit dem Officier conversiret, auf seine Stube gekommen und mit ihm Thée und Coffée getrunken, sondern beigebracht werden muß, daß er bei ihr im Bette gewesen oder daß er sonsten verdächtig mit ihr umgegangen, cum nequidem solus conatus et attentatum adulterium sufficiat

Nicolai de repudiis P. 2 c. 1 num. 53
absonderlich da Beklagtem sehr entgegenstehet, daß er in denen Acten beschuldigt worden, daß er selbsten zu dem familiairen Umgang seiner Ehefrauen mit dem Officier Gelegenheit gegeben haben soll,

Als sind wir, wie im Urtheil geschehen, zu erkennen bewogen worden."

## XII.

Der Bäcker Mathias Schultze zu Parchim erhob am 16. Mai 1740 Klage gegen seine Ehefrau, welche vor Jahresfrist ihn ohne Grund verlassen habe und zu ihren Eltern gegangen, auch trotz aller Bemühungen von seiner Seite nicht zu bewegen sei, zu ihm zurückzukehren, weil sie von ihren Eltern in ihrer Bosheit bestärkt und unterstützt werde. Er beantragte, der Frau die Rückkehr nebst ehelicher Beiwohnung anzubefehlen.

Die beklagte Ehefrau gab in ihrer Vernehmlassung an, daß der Mann sie von Anfang der Ehe an aufs Grausamste behandelt, sie auch vor 5/4 Jahren, da sie eben hochschwanger gewesen, erbärmlich geschlagen und aus dem Hause gestoßen, und nachher dem Senior Daries gegenüber erklärt habe, er wolle sie nicht wieder haben. Sie beantragte daher die separatio quoad thorum et mensam.

Hierauf erging nachstehender Bescheid vom 7. Dezember 1742.

„Würde Beklagte die vorgeschützte exceptionem saevitiarum, und zwar, daß Kläger solche nach dem Decreto des Parchim'schen Magistrats vom 4. Martii 1739 an Ihr würcklich verübet, Er Sie auch angegebenermaßen auß dem Hauße gestoßen und sich dergestalt betragen, daß Sie Ihres Lebens bey Ihm nicht gesichert seyn könne, binnen Sechs wochen beßer alß geschehen erweisen, so ergehet darauff in dieser Sache ferner was recht ist. V. R. W."

Rationes decidendi (aus den den Akten anliegenden Votis)

„Obwohl 1) bekandten Rechtens und praxeos quod ob unius coniugis saevitiam separatio quoad thorum et mensam locum habeat tanquam medium, quod vel

maiora mala inter coniuges impediantur, vel ut in gratiam redeant. compellantur

Brouwer de iur. connub. lib. I c. 29, Stryk ad Brunn. ius Eccl. 31 verb. quoad thorum et mensam

und 2) nicht nur Beklagte exceptionem saevitiarum eingewandt unter der Angabe, daß Kläger sie nach vielen Uneinigkeiten und wieder gemachten Verträgen vor $^5/_4$ Jahren, da sie eben grob schwanger gewesen, erbärmlich geschlagen und aus dem Hause gestoßen, und gegen den Seniorem Daries declariret, er wolle sie nicht wieder haben; sondern auch 3) magistratus Parchimensis ausdrücklich bezeuget, daß Klägers Aufführung bis dato sehr schlecht gewesen, indem er sich dem gesöffe gantz ergeben, weshalb er denn nicht allein umb alle Nahrung gekommen, sondern auch mit der Beklagten beständig in der größesten Uneinigkeit, welche zum öfftern zu harten Schlägen ausgefallen, gelebet und ob magistratus zwar zum öfftern theils durch gütliche Vermahnungen, theils durch ernstliche Bedrohungen ihn zu einer beßeren Lebens-Art zu bringen gesuchet, doch alles vergeblich gewesen sey; daher derselbe dann endlich mit seinem guten willen, weil die Frau geklaget, daß sie auch ihres Lebens bey ihm nicht sicher seyn würde, geschehen laßen, daß sie sich zur verhütung ferneren Unheils für der Hand bis die Sache vom Hochfürstl. Consistorio untersuchet und entschieden zu ihren Eltern begeben,

so sind doch separat. a th. et m. auszuwirken ein und andre Widerwärtigkeiten und friguscula unhinlänglich, als welche nicht allemahl im Ehestande vermieden werden können, es auch keine saevitia zu nennen si maritus ob malos mores uxorem corrigat, cum correctio marito concessa, modo non limites castigationis excedat. Carpz. Jurispr. Eccl. L. II T. XII Def. 212, besondere separatio nur stattfindet ob nimiam saevitiam, si ea incorrigibilis, si cum periculo vitae coniuncta, nec reddat sufficientem cautionem maritus."

Im vorliegenden Falle komme es insbesondere darauf an, ob auch noch nach dem Dekret des Magistrats vom 4. März 1739, in welchen beiden Theilen bei willkürlicher Strafe anbefohlen war, Friede zu halten, Kläger sich noch weitere Saevitien gegen die Frau habe zu Schulden kommen lassen.

Die Frau führte den ihr auferlegten Beweis, und wurde hierauf am 21. August 1743 der von der Juristen-Fakultät zu Frankfurt an der Oder eingeholte Bescheid verkündet,

„daß Klägers Suchen nicht stattfindet, sondern vielmehr Beklagtin bewandten Umständten nach von ihme auf 2 Jahr lang von Tisch und Bette zu scheiden."

Nach Ablauf der Trennungszeit setzte Kläger seine Klage fort und beantragte wiederum, der Frau die Rückkehr aufzugeben, da er sich während der Trennungszeit unsträflich geführt habe.

Die Frau beantragte dagegen jetzt die Scheidung ihrer Ehe, da Kläger inzwischen Alles durchgebracht habe, mithin sie und ihre Kinder nicht zu ernähren im Stande sei; „gleich er auch interim sich in Königl. preußische Dienste als Husar begeben, sein böses Leben continuiret und desfals öffters in Arrest und Strafe genommen worden. Außerdem zwecke des Klägers intention jetzt, nachdem ihr Vater gestorben, nur auf die Verzehrung des restes von dem ihrigen ab, inmaßen er gegen den Empfang von 50 thlr. auf ihre person zu renuntiiren erweislich sich verlauten laßen."

Auf diese Verhandlungen erging am 29. März 1748 der nachstehende Bescheid.

„Würde Beklagtin die in ihrer so rubricirten und numero Actor. 24 befindlichen Erklärung angegebene Fortführungen von des Klägers verschwenderischen und unordentlichen Lebens-Art; wie auch, daß er sie nicht wieder verlange, wenn sie ihm nur 50 thlr. geben wollte, innerhalb 6 Wochen beßer als geschehen erweisen, so ergehet darauf in dieser Sachen ferner was Recht ist. V. R. W."

Rationes decidendi.

(Aus dem Votum des Consistorialraths Engelcken.)

„Es geben Acta allenthalben so viel zu erkennen, daß die von der Beklagtin excipirten Haupt-Facta weder vorhin noch jetzo hinlänglich dargethan; Hingegen aber das fundamentum actionis, sowie solches gleich anfangs num. actor. 1 vorgetragen, excepto spolio, seine ziemliche Richtigkeit habe; folglich die separatio ad certum tempus woll das äußerste gewesen, welches mehr aus denen übrig gebliebenen zwar starken praesumtionibus gegen den Kläger, als daß derselbe völlig überführet seyn solte, zur desto beßeren Begreiffung beyder Eheleute und gründlichen Prüfung von des Klägers conduite erkannt werden können. Solchem nach kömmt es nicht so sehr auf der Beklagtin anscheinlich einmal gefaßtes odium als hauptsächlich darauf an: wie sich Kläger durante separatione betragen und ob er inzwischen solche facta wircklich angegeben, die theils der Beklagtin vormalige exceptiones beglaubigen, theils von neuem eine unglückliche Ehe überzeuglich befürchten laßen

— — — — — — — — — — — —

Da Beklagtin ihre neuen exceptiones mit nichts dargethan oder einmal bescheiniget, die mutatio vitae generis, daß nämlich Kläger Kriegsdienste angenommen, ut factum non inhonestum die Sache nicht alteriren mag, Divortia autem absque causa vel ob causam saltem temerariam numquam concedenda,

So finde meines Theils nicht, daß man zur Zeit weiter gehen könne als das proiectirte interlocutum publiciren zu laßen als eine eventualem viam ad divortium“*)!

XIII.

Am 24. Mai 1748 erhob die Ehefrau des Johann Erd-

*) Dieser Hinweis auf die Möglichkeit einer gänzlichen Scheidung für den Fall der Erbringung der der Beklagten auferlegten Beweise ist völlig singulär.

mann Gallenbecken zu Gnoyen Klage gegen ihren Ehemann, welcher trunkfällig sei und sie mehrfach insbesondere auch während ihrer Schwangerschaft gemißhandelt habe, und beantragte, daß, insofern keine völlige Ehescheidung stattfinden könne, doch wenigstens eine separatio a thoro et mensa gnädigst möge erkannt werden.

Beklagter nahm in dem vor dem Konsistorium abgehaltenen Termin die behaupteten Mißhandlungen in Abrede, und machte seinerseits geltend, daß er auf Veranlassung seiner Frau von den Verwandten der Letzteren in seinem und seines Nachbaren Hause angefallen und geschlagen sei. Diese facta nehme er pro insidiis vitae auf.

Klägerin bestritt, es veranlaßt zu haben, daß Beklagter geschlagen wurde, und behauptete, daß „die übele Aufführung des Beklagten dazu denen Leuten selbst die Ursache gegeben."

In dem hierauf abgehaltenen artikulirten Verhör erklärte sich der Mann bereit, sich zu versöhnen, und erfolgte sodann der Bescheid,

> „daß Beklagter, so lieb ihm die schärffste Veranstaltung und Beahndung zu vermeyden, sich aller Heftigkeiten in Worten und Wercken gegen die Klägerin, welche schuldig, sich ungesäumt wiederum zu ihrem Ehemann zu begeben und ihrer fräulichen Pflichten in allen Stücken wahrzunehmen, gänzlich zu enthalten habe."

Unter dem 14. August 1748 zeigte Klägerin an, sie würde dem an sie ergangenen Bescheide schuldigst nachgelebt haben, wenn nicht nachhero de novo ihr Mann solch ein böses Leben betrieben habe, daß sie sich ohne Gefahr nicht zu ihm begeben könne, und bescheinigte ihre Angaben durch protokollarische Aussagen mehrerer Zeugen, welche bekundeten, daß ihr Mann sie aufs Neue gemißhandelt habe, so daß sie schließlich von ihm habe fortgehen müssen. Sie bat jetzt wiederum um Scheidung, eventuell um Trennung von Tisch und Bett, und wurde hierauf nach Vernehmung des Mannes, welcher alle von der Frau gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Abrede nahm, am 24. Oktober 1748 nachstehend erkannt.

„Nunmehro aus den Actis so viel zu ersehen, Würde

Implorat glaubwürdig darthun und erhalten, daß sein Wandel sich zuverlässig gebeßert, sollte weiter erkannt werden, inmaßen bis dahin die Implorantin nicht wieder ihren Willen sich zu ihm zu begeben schuldig sein soll."

## XIV.

Die Ehefrau des Musketiers Todtenberg zu Güstrow erhob am 10. März 1749 Klage gegen ihren Ehemann auf Ehescheidung mit Berufung darauf, daß Beklagter, mit welchem sie früher viele Jahre in Penzlin zusammengelebt habe, welcher aber ein Trunkenbold sei, sie vielfach mißhandelt und gedroht habe, sie zu töten. An der Ausführung dieser Absicht sei er nur gehindert worden durch das Dazwischentreten des Gerichtsdieners und der Wache, welche ihm eine geladene Flinte und zwei Äxte abgenommen hätten. Der Mann sei nach diesem Vorfall noch einige Zeit bei ihr geblieben „wiewohl unter beständiger schlechter Aufführung seinerseits", sei dann aber Königlich dänischer Reuter geworden und habe lange nichts von sich hören lassen, bis er eines Tages wieder erschienen und mit Gewalt bei ihr eingedrungen sei. Der Magistrat zu Penzlin habe ihn angewiesen, seine Ansprüche gegen seine Frau vor dem Konsistorium geltend zu machen, und sei er hierauf wieder fortgegangen und in herzoglich mecklenburgische Dienste zu Güstrow getreten. Von hier aus sei er noch einmal wieder zu ihr gekommen, habe in ihrer Abwesenheit ihre Fenster eingeschlagen und sei mit Gewalt in ihr Haus eingedrungen.

Sie bitte auf Ehescheidung zu erkennen, da sie sich unter diesen Umständen in Einigkeit nicht wieder zu ihm geben könne und die Lebensgefahr auch eine legitima causa der Ehescheidung sei.

Im Termin vom 1. September 1751 beantragte der Ehemann ebenfalls die Scheidung, da die Frau versucht habe, ihn zu töten, indem sie ihn mit einem scharfstechenden Federmesser unter dem Herzen blessirt habe, vermochte aber Beweise für diese von der Frau bestrittene Behauptung nicht beizubringen.

Von den vernommenen Zeugen gab der Rathsdiener Sievert

zu Penzlin an, daß der Mann daselbst ein wüstes Leben geführt und seine Frau schlecht behandelt habe. Vor drei Jahren sei er von Bürgermeister und Rat abgeschickt, um zu verhüten, daß der Mann die Frau ermorde. Als er Friede geboten, habe der Mann eine auf dem Tisch liegende Flinte ergriffen, den Hahn gespannt und gerufen, er wolle die Canaille totschießen. Der Zeuge habe ihm die Flinte erst aus der Hand entwinden können, als der Fähnrich von der Wache gekommen sei, und habe der Beklagte hierauf nach einer Axt gegriffen.

Bezüglich des letzten von der Frau in ihrer Klage angezogenen Vorgangs deponierten zwei Zeugen, daß der Mann voller Wut mit seinem Säbel in die halb geöffnete Hausthür der Wohnung seiner Frau hineingehauen habe.

Hierauf wurde am 7. April 1756 nachstehender Bescheid*) publiziert.

„Daß nach vergeblich tentirter Versöhnung Klägerin und Beklagter bis zur beßeren Besinnung von Tische und Bette mithin salvo vinculo conjugali von einander zu trennen und Beklagter der Klägerin ihre bey ihm etwa noch befindliche Haabseeligkeiten alsofort abfolgen zu laßen, auch derselben monathlich sechszehn Groschen zur Beyhülfe in ihrer Unterhaltung zu bezahlen, inmittelst aber sich aller Beleydigung, so lieb ihm die scherfeste Beahndung zu vermeyden, zu enthalten. Endlich auf gebührende Vorzeigung dieses Burger Meister, Gericht und Raht in Pentzlin der Klägerin bedürfenden Falls allemahl schleunigsten Schutz zu leisten schuldig. V. R. W."

## XV.

Urteil des Rats zu Rostock vom 14. Januar 1754.

„In Sachen Catharina Dorothea Bützowen Klrin wieder Ihren Ehe Mann Gabriel Bützow Bekl. in pto Saevitiarum wird, nachdem Acta in contumaciam pro

*) Bei dessen Beratung das oben Cap. VII. Note 30 mitgeteilte Votum Mantzels abgegeben wurde.

conclusis angenommen worden, zu Recht erkandt, daß Bekl., daß Er sich weder mit Worten noch Wercken an der Klrin weiter vergreiffen, sondern Ihr allemahl gebührend begegnen wolle, binnen 14 Tagen bey Vermeidung harter Straffe nicht nur ad Acta eigenhändig zu versprechen, sondern auch hiernechst solches würcklich zu halten, Klrin aber, sobald dieses angelobet worden, bey sonst unausbleibl. zu verfügenden Zwangs-Mitteln wieder zu Bekl. sich zu begeben, und ihm gleichfalls alle Liebe und Treue bey schwehrer Straffe zu erweisen schuldig sey, wie denn solches hiemit erkandt und dem Fiscali von dieser Urthel, um deren Execution allenfalls weiter zu besorgen, zuerkandt, Bekl. auch in die Unkosten, so Fiscalis dieser Sache wegen gehabt hat .... condemniret wird. V. R. W. Publ. Jussu Senatus d. 14. January 1754.

appr. J. V. Beselin/Dr. v. JDS. (?)
appr. J. C. Danckwarth
appr. J. H. Roggenbau

Votum.

— — — — — — — — — — — —

Hat nun gleich Bekl. gestanden, daß Er die Klrin Diebstalls beschuldiget: daß Er von Ihr begehret, Geld zu schaffen: daß Er gedrohet, ihren Schapff*) entzwey zu schlagen: daß Er ihr eine Ohrfeige gegeben: daß Er Sie für eine Canaille und Luder gescholten: So wird dennoch so wenig dieses von Bekl. zugestanden, als auch das, was Er abgeleuchnet, wenn es auch bewiesen werden könte, eine Separation quoad thorum et mensam zur Zeit würcken können, weil hierzu eine nimia et cum periculo vitae conjuncta saevitia erfordert wird, sine tali causa autem separatio non concedenda, sed potius conjuges ad cohabitationem compellendi sunt

Brunnemann in J. Eccl. Lib. 2 Cap. 17 § 31.

Und wenn gleich nach der Meynung des H. Leysers

---

*) Schapff = Schrank.

ad Pandectas Specim. 316 med: 1 et 2 eine harte Begegnung ohne Schelten und Schlägen zur Separation hinlänglich seyn soll, so muß man doch zuvor gradatim gehen und erst versuchen, ob nicht durch andere Mittel die wiederwärtigen Ehe-Leute zu raison gebracht werden können.

Quodsi enim inter conjuges separatio quoad thorum et mensam petatur, Judex ad Sententiam non properare sed prius omnia reconciliationis remedia tentare debet, quorsum inter alia quoque praestatio cautionis spectat.

Carpzov: in Jurispr. Eccles. Lib. 2 def. 218
Stryk ad Brunnem. cit. loc."

Dies Urteil wurde auf Appellation des Ehemannes vom Konsistorium auf eingeholten Urteilsspruch der Juristen-Fakultät zu Wittenberg, publiziert am 7. Dezember 1756, bestätigt aus nachfolgenden Gründen.

Rationes decidendi.

„Obwohl Appellant durch vorige Sententz deshalber graviret zu seyn vermeynet, indem nicht nur die Acta in contumaciam pro conclusis erkannt, . . . . sondern auch, was die Haupt-Sache betrifft, ihm klagende seine Ehefrau wieder anzunehmen, derselben Caution de non amplius offendendo zu leisten und sogar dem Fiscali die gehabten Unkosten zu erstatten auferleget worden, da doch aus denen Actis sich deutlich ergäbe, daß Klägerin von ihm gelauffen, ihre Sachen heimlich hinweggebracht und besage des Protocolls Nr. 3 dictor. Actor. sogar vor Gericht, daß sie nicht wieder zu ihm wolle, sich ausdrücklich herausgelaßen, mithin pro desertrice malitiosa zu achten sey und solchergestalt auf die Ehescheidung um so viel mehr gesprochen werden sollen, da Appellatin selbst in ihrem Exhibito Actorum IIdae Jnstantiae Appellantens Suchen, insoweit dieses das divortium beträffe zu deferiren gebethen, gestalt auch sonst bekannten Rechtens, quod si convenerit inter partes, quid pronuntiari debeat, iudicis sit, huiusmodi sententiam proferre

L. 26 D. de re iudicata
L. 21 D. communi dividundo,

zudem zwischen denen Parthenen eine starcke Verbitterung derer Gemüther obwaltet, und aber graves et irreconciliabiles inimicitiae von verschiedenen Rechtslehrern pro iusta divortii causa geachtet werden

vide Brückner Decis. matrim. C. 18 nr. 17
a Leyser Medit. ad Pand. Spec. CCCXVI Medit. II

zum wenigsten, daß alhier auf die von der Appellatin gesuchte Separationem a thoro et mensa, nachdem Inhalts des vorangezogenen Protocolli die Aussöhnung derer beyden Ehe-Leute vergebens tentiret worden, erkannt, anbey aber Appellant mit Abstellung derer Unkosten, als welche vielmehr durch der Appellatin eigene Schuld, indem sie obgedachter maßen sich von jenem eigenmächtig gesondert, causiret zu seyn scheinen, verschonet werden sollen, es das Ansehen gewinnen möchte,

Dennoch aber ..... soviel die übrigen Gravamina betrifft, daraus, daß sich Appellatin von Appellanten hinwegbegeben und wieder zu ihm zurückzukehren sich verweigert, um deswillen nicht alsofort eine desertio malitiosa zu folgern, anerwogen jene durch des letztern ungebührliches Bezeigen hierzu veranlaßet worden, gestalt Appellant solche Diebstahls beschuldiget, in sie, um Geld zu schaffen, gedrungen, ihren Schapff einzuschlagen gedrohet, sie eine Canaille und Luder gescholten, auch sogar Thätlichkeit an ihr verübet zu haben, in seiner No. 11 Actor. 1mae Jnstantiae ad Acta gebrachten Exceptions-Schrifft selbst nicht in Abrede sein kann, zudem, wenn auch würcklich eine bößliche Verlaßung im gegenwärtigen Fall behauptet werden könnte, dennoch, si praesens sit persona desertrix, nicht sofort zu einer Ehescheidung vorgeschritten werden mag, vielmehr zwischen dergleichen Eheleuten zuförderst die Güte zu pflegen, auch wenn diese, wie alhier sich zugetragen, nichts fruchten will, dieselben durch behörige

Zwangs-Mittel, einander ferner ehelich beyzuwohnen, anzuhalten sind,

a Leyser Medit. ad Pand. Spec. CCCXIV Medit. 2 et 3

add. Berger. Oecon. Jur. L. I Tit. III § 9, wobey darauf, daß beyde Theile in das divortium willigen und darum Ansuchung thun, indem dissolutio matrimonii nicht in privatorum arbitrio beruhet, folglich die in denen rationibus dubitandi angeführten Leges iuris romani hierauf nicht zu appliciren sind, kein Absehen gerichtet werden kann, inmaßen auch die Meynung, daß ob graves inimicitias eine Ehescheidung zu verstatten sey, von bewährtesten Rechtslehrern mit hinlänglichen Gründen wiederleget worden,

vide Boehmer Jus Eccles. Protest. Lib. IV Tit. XIX § 42,

add. Puffendorff de iure natur. et gent. Lib. VI c. 1 § 24.

Im übrigen einem Richter, bevor er wegen üblen Betragens derer Eheleute eine Separation a thoro et mensa resolviret, ebenfalls zuförderst diensame Mittel, dieselben zu fernerer ehelichen Beywohnung zu bewegen, anzuwenden oblieget,

v. Strykius in Vsu Pand. mod. Lib. XXIV Tit. II § 34,

quandoquidem separatio quoad thorum et mensam extremum quoddam remedium est, ad quod deficientibus demum aliis remediis deveniendum,

Carpzov. in Jurispr. Consistor. Lib. II Def. CCXVI no. 3 et 4,

mithin, da auch diesfalls die Caution de non amplius offendendo öffters von guter Würckung ist, sothanes Mittel in der Sententia a qua um so viel billiger erwehlet und der Scheidung von Tische und Bette annoch Anstand gegeben worden, maßen schon ohne dies die Partheyen verschiedene Jahre her von einander abgesondert gelebet,

folglich, da gemeiniglich die Erbitterung derer Gemüther durch Länge der Zeit sich zu vermindern pflegt, bey sothanen Eheleuten, wenn sie sich besagter Sententz gemäß wieder zusammen begeben, eine Aussöhnung desto mehr zu verhoffen ist, Im Uebrigen Appellant durch sein voran-geführtes übles Bezeigen gegen Appellatin, an deren Retirade, mithin auch an der daraus erfolgten Fiscalischen Denunciation, die meiste Schuld hat, dannenhero bey so gestallten Sachen die vorige Sententz zu confirmiren, jedennoch aber die Expensae retardati Processus zu übergehen gewesen, So ist wie im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt, Urkundlich mit der Juristen Facultaet Insiegel besiegelt."

## XVI.

Zwischen dem Kaufmann Johann Samuel Schwartz zu Parchim und dessen Ehefrau hatte schon vor ihrer Verehelichung ein Verlöbnisprozeß stattgefunden, der jedoch schließlich gütlich beigelegt war. Nach der Trauung weigerte sich die Ehefrau jedoch hartnäckig, dem Mann die eheliche Pflicht zu leisten; das hieraus entstandene Zerwürfnis unter den Ehegatten wurde dem Konsistorium durch den kompetenten Geistlichen angezeigt und demzufolge die Eheleute von ersterer Behörde ex officio vorgeladen.

In dem am 22. Februar 1753 stattgehabten Termine erklärten beide Teile übereinstimmend, daß die Frau dem Manne niemals die eheliche Pflicht geleistet habe. Zu ihrer Entschuldigung führte die Frau an, daß der Mann ihr von Anfang an zuwider gewesen sei, und sei späterhin auch seine Aufführung gegen sie schlecht geworden. Er habe sie wie eine Magd gehalten und von dem Ihrigen ihr nicht einen Schilling in die Hand gegeben, habe sie in Gegenwart seiner Schwester und des Mannes derselben grausam gescholten und geschlagen, auch sie in ihrem Schlafzimmer eingesperrt und darauf in der Nachbarschaft herumerzählt, daß bei seiner Frau eine Mannsperson wäre.

Der Mann nahm die Beschuldigungen der Frau in Abrede

und machte ihr seinerseits Vorwürfe, daß sie sich schlecht gegen ihn benommen habe.

Nach beendeter Verhandlung wurde nachstehender Bescheid verkündet.

„Werden diese beyden Eheleute, denen aus besonderen Gnaden die bisher wohlverdiente Strafe erlaßen seyn soll, höchsten Ernstes hiemit angewiesen, das unter ihnen vorgefallene in gäntzliche Vergeßenheit zu stellen, und von nun an eine Gott und Menschen wohlgefällige Ehe mit einander zu führen, solchergestalt, daß der Kauffmann Schwartz, der geschehenen Angelobung nach, so lieb ihm die geschärfteste Ahndung zu vermeyden, sich jederzeit vernünftig, liebreich und bescheiden gegen seine Ehefrau verhalte, und was zum Mißvergnügen irgend gereichen mögte, vorsichtiglich aus dem Wege zu räumen beflißen sey; diese aber dagegen an thätlicher Erweisung schuldiger Liebe und Treue ihrer Seits ebenfalls nichts erwinden laße, mithin auch insonderheit ihrem Mann ehelich beywohne, inmaßen sie im weiteren Weigerungsfalle unausbleiblich zu gewärtigen hat, daß sie durch rechtmäßige Zwangs-Mittel dazu angehalten werde. V. R. W."

Auf Veranlassung des Konsistoriums wurden die Eheleute überdies von dem geistlichen Ministerium in Parchim ermahnt, das eheliche Leben in Gemäßheit jenes Bescheides fortzusetzen. Die Frau beharrte jedoch auf ihrer Weigerung und erhob in Folge dessen am 6. Juni 1753 der Mann eine Klage auf Scheidung, in der er hervorhob, daß Zwangsmaßregeln gegen die Frau voraussichtlich völlig wirkungslos sein würden.

In dem hierauf stattgehabten neuen Termine wiederholte die Frau ihr früheres Vorbringen und blieb dabei, daß es ihr nicht möglich sei, mit dem Mann zusammen zu leben.

Es wurde ein Schriftenwechsel unter den Parteien eingeleitet und demnächst die Akten zur Fällung des Spruches ad extraneos versandt.

Ehe noch das Urteil gesprochen wurde, ließ sich die Frau von einem Dritten schwängern, und wurde infolgedessen die Ehe

aus landesherrlicher Machtvollkommenheit durch Reskript vom 21. Mai 1755 geschieden.

Trotzdem wurde am 27. September 1755 noch das nachstehende von der Juristen-Fakultät zu Jena gesprochene Urteil verkündet.

„Daß Imploratin dem Imploranten die eheliche Pflicht zu leisten, nochmahls ernstlich anzuweisen und, im ferneren Verweigerungs-Fall, dazu mittelst gewöhnlicher Zwangs-Mittel anzuhalten. Dafern aber auch dieser Versuch fruchtloß abgehen und sie bey ihrer Widerspenstigkeit nichts desto weniger beharren sollte: ist Implorant von ihr gäntzlich zu scheiden und ihm, daß er, christlichem Gebrauch nach, sich anderweit wieder verheyrathen möge, billig nachzulaßen. Es ist auch Imploratin des dem Imploranten zugebrachten dotis für verlustig und dieser für den völligen Eigenthümer desselben zu achten, sowohl jene diesem alle Unkosten dieses Prozesses zu erstatten schuldig. Von Rechts Wegen."

---

## Urteile des Oberappellationsgerichts aus den Jahren 1838—1879.

### Unversöhnlichkeit der Ehegatten.*)

#### 1. Pi 154.

Die Eheleute waren im Jahre 1835 vom Konsistorium wegen Unverträglichkeit auf ein Jahr von Tisch und Bett getrennt worden. Nach Ablauf der Trennungszeit erkannte das Konsistorium auf Scheidung, das O.-A.-Gericht hob dagegen durch Urteil vom 5. Februar 1838 das Scheidungsurteil auf und wies die Ehefrau an, binnen acht Tagen zu ihrem Ehemann zurückzukehren aus nachfolgenden Gründen.

---

*) Vgl. außerdem Buchka und Budde Entscheidungen Bd. IV. S. 260 ff., Sammlung von Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen erste Fortsetzung S. 196 nr. 41, S. 203 nr. 62, zweite Fortsetzung S. 173 nr. 18, S. 174 nr. 19.

„1. Ob wirkliche Unversöhnlichkeit zwischen den beiden Theilen obwaltet, läßt sich nicht eher beurtheilen, als bis jeder von Beiden den ernsten Willen gezeigt hat, ein einiges Beisammenleben zu versuchen. Bloße Erklärung des eingewurzelten Widerwillens von einer von beiden Seiten ist demnach nicht genügend. Wer sich darauf beruft, muß mindestens erst gezeigt haben, daß von seiner Seite nichts unterlassen worden, was dazu dienlich ist, den Frieden in der Ehe aufrecht zu erhalten.

2. Daß dies Erforderniß früher bei der Scheidung von Tisch und Bett noch nicht vorlag, ist eben dadurch bereits zu erkennen gegeben, daß derzeit noch keine völlige Scheidung erfolgte; mithin kann es auch jetzt noch nicht als vorhanden angenommen werden, da seitdem noch kein weiterer Versuch des Beisammenlebens eingetreten und von Seiten der Ehefrau noch nicht erklärt ist, sich dabei allem dem unterziehen zu wollen, was von Seiten ihrer den guten Willen zur friedfertigen Fortsetzung der Ehe bethätigt.

3. Dazu gehört vor allen Dingen auch dies, daß sie, sobald von Seiten des Mannes unrechtfertig gegen sie verfahren wird, ohne die mindeste Erwiderung solchen Verfahrens, sofort richterliche Hülfe nachsucht. Erst aus der Wirkung dieser, mag sie in Zurechtweisung, Drohung oder Strafe bestehen, wird sich zeigen, ob dadurch kein pflichtmäßiges Benehmen des Mannes zu erwirken."

Dies Urteil wurde in der Restitutionsinstanz durch ein von der Juristen-Fakultät zu Greifswald eingeholtes Urteil, publiziert am 21. Januar 1839, aus nachstehenden Gründen bestätigt.

„Die bloße Erklärung einer Partei, daß sie einen unüberwindlichen Widerwillen gegen den Gegner hege, überhebt sie keineswegs des Beweises ihrer Behauptung, vielmehr muß sie durch die That zeigen, daß von ihr Alles versucht sei, ihre Abneigung zu überwinden und ein friedliches Verhältniß wieder herzustellen. Es wäre hiernach Pflicht der Implorantin gewesen, nach Ablauf des Trennungsjahres sofort sich zur Fortsetzung der Ehe wieder mit

dem Imploraten zu vereinigen und durch treue Erfüllung ihrer Pflichten zu beweisen, daß sie den ernsten Vorsatz habe, den durch das richterliche Erkenntnis beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Daraus, daß sie dies versäumt und die nur auf ein Jahr ausgesprochene Separation durch ihre Renitenz zu einer beinahe vierjährigen ausgedehnt hat, können ihr keine neuen Rechte erwachsen und am Wenigsten kann sie dadurch der Verpflichtung entbunden werden, zu versuchen, welche Folgen eine Wiedervereinigung mit Imploraten nach sich ziehen werde."

2. Si 682.

Die Eheleute waren im Jahre 1839 wegen ehelicher Zwistigkeiten auf ein Jahr von Tisch und Bett getrennt worden. Das nach abgelaufener Trennungszeit von der Justiz-Kanzlei zu Rostock erlassene Scheidungsurteil wurde auf Appellation der Frau durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 22. November 1841 aus nachstehenden Gründen aufgehoben.

„1. In der Scheidungsklage des Appellaten ist kein gesetzlicher Scheidungsgrund angegeben und ebenso wenig weiset sententia a qua denselben nach. Die Erstere führt nichts weiter auf, als daß die einjährige Trennung keine Aussöhnung herbeigeführt habe und ein weiteres Beisammenleben die unseligsten Folgen haben würde. Die Urthel nimmt Bezug auf den Widerwillen des Mannes gegen die Fortsetzung der Ehe.

2. Geht man auf den Ursprung der Zwistigkeiten und die Veranlassung dieses Widerwillens zurück, so trifft die Appellantin nach den Akten keine Schuld und zu dem Widerwillen geben die Letzteren ebensowenig einen hinreichenden Grund."

(Folgen konkrete Erörterungen ohne Interesse.)

„8. Die bloße Erklärung einer aktenmäßig nicht motivirten Abneigung und Widerwillens genügt gesetzlich zur Scheidung nicht und der Versuch, ob beim weiteren Zusammenleben diese Abneigung nicht gehoben werden könne,

ist nicht einmal gemacht, dieselbe kann mithin, wie es sententia a qua thut, als Scheidungsgrund nicht untergelegt werden. Ueberdies kann eine angebliche Feindschaft und Erbitterung nie für den Richter Grund sein, die Ehe zu trennen, wenn nicht große Schuld und erlittene Verletzung eine wirkliche Veranlassung dazu ergeben haben.

9. Erwägt man daneben, daß beide Eheleute in vorgerücktem Alter sind, den Sechzigern entgegengehen und seit vier und zwanzig Jahren ehelich verbunden waren, so läßt sich um so eher erwarten, daß sie bei ruhiger Besinnung und gegenseitigem guten Willen die Ehe, wie es christlichen Eheleuten geziemt, fortsetzen werden."

3. Se 504.

Durch Urteil der Justiz-Kanzlei zu Schwerin aus dem Jahre 1838 waren die Eheleute wegen langjähriger Zwistigkeiten auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt worden und war nach Ablauf der Trennungszeit in erster Instanz auf Scheidung erkannt. Durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 22. November 1841 wurde das Scheidungsurteil aufgehoben und den Eheleuten aufgegeben, die Ehe mit einander fortzusetzen aus nachstehenden Gründen.

„Die behaupteten Thätlichkeiten, die noch weiter auszumitteln sein würden, sind nach beiderseitiger Erzählung keineswegs so erheblich, daß sie dem Leben oder der Gesundheit des einen oder anderen Theils Gefahr droheten. Sie zeigen leider wie alles Uebrige, einen seit lange dauernden Unfrieden; allein ein solcher ist, am wenigsten bei der Bereitwilligkeit der Ehefrau, sich zu versöhnen, rechtlich zur Scheidung genügend.

Weder das gemeine noch das Mecklenburgische Kirchenrecht erkennen einen solchen Unfrieden für den Richter als einen Scheidungsgrund. Ein unversöhnlicher Haß, wegen dessen die Ehe geschieden werden könnte, liegt zur Zeit nicht vor. Denn theils ist in dem, was Kläger behauptet hat, dazu noch keine vernünftige genügende Veranlassung

zu finden, theils ist, am wenigsten bei der Bereitwilligkeit der Beklagten, die Ehe fortzusetzen, derselbe constatirt. Nachdem . . . . nach verflossener Trennungszeit das eheliche Zusammenleben nicht einmal versucht ist, kann auf die bloße Weigerung des Mannes hin rechtlich die Scheidung nicht erkannt werden."

In der Restitutionsinstanz wurde dies Urteil durch Urteil vom 19. März 1842 bestätigt und zur Begründung ausgeführt, daß die Scheidung von Tisch und Bett, welche nach Ansicht des Klägers als ein höchst gewichtiges Motiv zur Ehescheidung hinzugetreten sei, keineswegs an und für sich selbst als ein Motiv der Ehescheidung zu betrachten sei, da dies durch kein Gesetz vorgeschrieben werde und auch aus der Natur der Sache nicht abzuleiten sei, indem die erkannte temporäre Trennung nur dazu dienen solle, die Gemüther zu versöhnen, nicht aber für den Fall des Mißlingens die gänzliche Scheidung zu begründen.

Die Frau kehrte nicht zum Manne zurück, und Letzterer erhob im Jahre 1844 eine neue Klage auf Scheidung, welcher die Justiz-Kanzlei wiederum Folge gab. Auf Appellation der Frau wurde jedoch das Scheidungsurteil durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 22. Mai 1846 wiederum aufgehoben und beide Teile angewiesen, die Ehe mit einander fortzusetzen aus folgenden Gründen.

„Die gegenwärtig zur Entscheidung stehende, vom Kläger am 19. Januar 1844 erhobene neue Ehescheidungsklage ist in facto basirt auf den vom Kläger behaupteten unüberwindlichen Widerwillen zur ferneren Fortsetzung der Ehe mit der Beklagten.

Daß ein solcher unüberwindlicher Widerwille mindestens nach der inländischen Praxis als zulässiger Ehescheidungsgrund anerkannt wird, läßt sich nicht bestreiten, wohl aber wird es dabei in Bezug auf die Beurtheilung des concreten Vorhandenseins dieses Ehescheidungsgrundes nicht auf die von dem klagenden Ehegatten ausgesprochene individuelle Ansicht, sondern darauf ankommen, ob einestheils in dem bisherigen ehelichen Verhältniß Thatsachen vorliegen, welche

einen concludenten Schluß auf eine wirklich eingetretene, eingewurzelte, unüberwindliche innere Abneigung gestatten, so daß durch das fernere Zusammenleben der Zweck der Ehe durchaus verfehlt sein würde, und andererseits, ob die von dem klagenden Ehegatten behauptete Unversöhnlichkeit auf zureichenden Verschuldungen des Gegentheils beruht."

— — — — — — — — — — — —

4. Oe 46.

Durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 29. August 1842 wurde das von der Justiz-Kanzlei zu Rostock gesprochene Scheidungsurteil aufgehoben und dem klägerischen Ehemanne aufgegeben, seine Ehefrau wieder bei sich aufzunehmen, aus nachstehenden Gründen.

„1. Die vorliegenden Akten ergeben zwar, daß zwischen den O.'schen Eheleuten frühzeitig ehelicher Unfriede eingetreten, aber nicht, was die erste Veranlassung dieses Zwistes gewesen ist . . . . : Allein so viel ist außer Zweifel, daß die ersten jetzt noch vorliegenden gerichtlichen Verhandlungen unter den Ehegatten vom Jahre 1834 schon durch das Verhältniß des Mannes zu der Marie W. veranlaßt wurden, daß denselben schon im Jahre 1833 außergerichtliche Klagen der Frau über dies Verhältniß voraufgegangen waren, und daß dasselbe Verhältniß der Gegenstand aller späteren zur gerichtlichen Cognition gelangten Ehedissidien gewesen ist.

2. Möchte daher die Frau, früher oder später, durch ihre ebenfalls von dem Manne behauptete üble Laune und Heftigkeit immerhin einen Theil der Schuld jenes Unfriedens gehabt haben, so ist doch so viel klar, daß mindestens seit den Jahren 1833 und 1834 das unerlaubte Verhältniß des Mannes zu der Marie W. stets der letzte und Hauptgrund desselben gewesen ist. Hierdurch fällt die Hauptschuld desselben durchaus auf den Mann. Zunächst

hat dieser mit der Marie W. drei Kinder im Ehebruch erzeugt . . . . . . .

3. Allein auch nach der dritten Entbindung der Marie W. hat der Mann seinen Verkehr mit derselben keineswegs abgebrochen; ist dieselbe auch seitdem nicht wieder von ihm schwanger geworden, und liegt auch nicht einmal vor, daß derselbe später noch eigentlichen Ehebruch mit ihr getrieben, so geht doch aus seinen eigenen Einräumungen . . . . hervor, daß er auch nach jener Zeit seinen sonstigen Verkehr mit der W. fortgesetzt, ja sich nicht entblödet hat, selbst während der Zeit der Scheidung von Tisch und Bett von seiner Ehefrau mit jener an öffentlichen Orten zu tanzen.

4. Es bedarf keiner Ausführung, daß ein solches Benehmen des Mannes . . . . . die Frau in hohem Grade erbittern mußte, und daß dadurch die ihr Schuld gegebenen Ausbrüche von übler Laune und Heftigkeit nicht allein erklärt, sondern auch hinreichend entschuldigt werden.

5. Den Mann trifft jedoch nicht allein der Vorwurf, durch sein strafbares Verhältniß zu der W. seit dem Jahre 1833 die Hauptveranlassung zu dem ehelichen Unfrieden gegeben zu haben, sondern derselbe hat sich auch solche Ausbrüche maßloser Heftigkeit, Drohungen von Todtschießen, Todtstechen der Frau zu Schulden kommen lassen und diese selbst vor Gericht wiederholt, daß er deshalb hat zur Untersuchung gezogen und ebenfalls bestraft werden müssen. Und diese Ausbrüche roher Leidenschaftlichkeit hatten wieder keinen anderen Grund als das Verhältniß zu der W., indem dieselben dadurch veranlaßt wurden, daß die Frau von jenem Verhältniß zu Dritten gesprochen hatte . . . . . .

6. Nach den bisherigen Erwägungen ruht die wesentlichste Schuld dieser Irrungen durchaus auf dem Mann. Fragt man indessen weiter, welche Vorwürfe derselbe dagegen der Frau gemacht hat, so können zunächst die früheren Mißhelligkeiten der Ehegatten aus der Zeit vor dem Eintritt des Verhältnisses des Mannes zu der W., mithin vor den

Jahren 1833 und 1834 nicht in Betracht kommen, da der Mann nichts Specielles von Erheblichkeit aus jener Periode angeführt hat. Die allgemeine Behauptung, daß er von Anfang an in Unfrieden mit der Frau gelebt, daß dieselbe stets eine Abneigung gegen ihn gehabt habe — sind — abgesehen davon, daß die Frau denselben widersprochen und behauptet hat, bis zum Eintritt des gedachten Verhältnisses mit der W. im Ganzen zufrieden mit ihrem Manne gelebt zu haben — zu unbestimmt, als daß derselben ein rechtlicher Einfluß beigelegt werden könnte.

Die spätere üble Laune und Heftigkeit der Frau, die sich auch in Schimpfreden und Straßenskandal Luft gemacht hat, und der Umstand, daß die Frau dem Mann häufig gegen Andere übel nachgeredet haben soll, dieses Alles hängt dergestalt mit dem ehebrecherischen Verhältniß des Mannes zu der W. zusammen, daß es insofern wieder auf ihn, der immer die letzte Ursache davon bleibt, zurückfällt und ihm um so weniger zu einem Ehescheidungsgrund werden kann.

7. Ebensowenig kann die Behauptung des Mannes, daß die Frau ihm von Anfang an die Erfüllung der ehelichen Pflicht versagt habe, berücksichtigt werden. Abgesehen davon, daß die Frau auch dieses in Abrede genommen, hat der Mann nirgends einen absoluten Widerstand der Frau gegen seine desfallsigen Anforderungen behauptet, die Frau ist auch noch nicht vergeblich durch den Richter dazu angewiesen worden, ihm darin zu willfahren. Von einer zu der Ehescheidung genügenden hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Pflicht kann daher um so weniger die Rede sein, als sich die Frau stets zu der Erfüllung aller ihrer Pflichten erboten hat, sobald der Mann nur seine Verbindung mit der W. gänzlich aufgeben und sich gegen sie so benehmen würde, wie es einem ordentlichen Ehemann gezieme. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß die Frau in der Zeit des ehebrecherischen Umganges des

Mannes mit der W. keine Neigung haben konnte, den etwa daneben ihr gemachten Zumuthungen zu entsprechen.

Ferner ist der Mann geständig, sich schon vor dem Jahre 1836 von dem Bette der Frau gänzlich getrennt .... zu haben. Nicht minder hat der Mann eingeräumt, seit dem Jahre 1836 der Frau nur zweimal den Antrag, ihm beizuwohnen, gemacht, später aber — in Folge des damaligen Abschlags — dergleichen nicht wieder verlangt zu haben. Erwägt man nun, daß gerade in die Jahre 1836 und 1837 die zweite und dritte Schwangerschaft der W. fällt, während welcher die Frau nicht geneigt sein konnte, sich ihm hinzugeben, daß er aber weder die Zeit jener letzten angeblichen Weigerungen der Frau noch deren Gründe angegeben hat, so ist auch auf sie kein rechtliches Gewicht zu legen. Vielmehr trifft den Mann in dieser Hinsicht der Vorwurf, daß er sich nicht nach gänzlicher Aufhebung seiner Beziehungen zu der W. und gründlicher Besserung seines sonstigen Betragens gegen die Frau derselben wieder allmählich genähert und auf diesem Wege die Erfüllung der ehelichen Pflicht von ihr zu gewinnen versucht hat.

8. Ohnehin hat der Mann in dem Termine vom 11. Juni v. J. nach den Gründen seines jetzigen Scheidungsantrages befragt, diesen allein darauf basirt, daß von Anfang an Unfrieden zwischen ihnen gewesen sei und er jetzt eine unüberwindliche Abneigung gegen die Frau habe. Auf die letztere hat er sich auch schon früher wiederholt berufen. Allein er hat für dieselbe nie einen anderen Grund angeführt als den vieljährigen ehelichen Unfrieden, durch welchen er nach und nach eine solche Abneigung gegen die Frau bekommen habe. Da jedoch jener Unfriede, wie gezeigt worden ist, im Wesentlichen von ihm selbst verursacht wurde, hauptsächlich dadurch, daß er, von seiner Frau sich gänzlich zurückziehend, in Jahre langem Ehebruch lebte und Kinder in demselben erzeugte, so kann er sich auf jenen nicht als auf

einen gerechten Grund seiner Abneigung gegen die Frau berufen. Sonst müßten alle Ehebrecher, die größere Zuneigung zu den Weibern haben, mit welchen sie im Ehebruch leben, als zu ihren Ehefrauen, und die den Wunsch haben, von diesen abzukommen, schon darin — mithin in ihrem eigenen Verbrechen — einen Scheidungsgrund haben. Da aber nach bekannten Rechtsgrundsätzen von dergleichen nicht die Rede sein kann, so kann auch der hier behaupteten unüberwindlichen Abneigung gegen die Frau nach der bezeichneten Sachlage kein rechtlicher Werth beigemessen werden.

9. Da vielmehr der Hauptgrund dieses ehelichen Unfriedens in der noch immer mehr oder weniger fortdauernden Beziehung des Mannes zu der W. besteht, so läßt sich die stete Meinung der Frau, daß Alles noch gut gehen könnte, wenn der Mann unter gänzlicher Beseitigung jener Beziehung zu ihr zurückkehrte und sich gegen sie so betrüge, wie es einem ordentlichen Ehemanne gezieme, zumal bei der fortdauernden Bereitwilligkeit derselben zur Versöhnung nicht ganz zurückweisen. Jene Voraussetzungen, von welchen die Frau die Rückkehr des Friedens unter ihnen erwartet, sind aber eine Pflicht des Mannes, zu welcher derselbe nöthigenfalls durch die Obrigkeit angehalten werden muß und deren Nichterfüllung von seiner Seite ihm keinen Ehescheidungsgrund gewähren kann .......

10. Alles bisherige zusammengenommen, ergiebt sich, daß es dem Mann an einem haltbaren Scheidungsgrund gänzlich fehlen würde, wenn man nicht die bloße bisherige Erfolglosigkeit der zweijährigen Separation der Ehegatten als einen solchen betrachten wollte. Allein auch das ist rechtlich nicht zuläßig. Die temporäre Scheidung von Tisch und Bett ist an sich nur ein Versöhnungs- und Besänftigungsmittel unter zerfallenen Ehegatten; ihre Erfolglosigkeit ist aber an sich kein rechtlicher Ehescheidungsgrund, sondern kann nur unter Umständen insofern ein solcher werden, als sie dem Richter die Ueberzeugung giebt, daß zwischen den Streitenden eine unversöhnliche Feind-

schaft oder Abneigung bestehe, welche die Fortsetzung der Ehe unter denselben unmöglich mache. Dazu wird mithin eine dementsprechende eigenthümliche Sachlage vorausgesetzt. Auch kann der Umstand allein, daß während der Separationszeit selbst keine Aussöhnung oder Annäherung unter den Ehegatten eingetreten ist, noch nicht schlechthin als eine Erfolglosigkeit derselben betrachtet, vielmehr kann der Erfolg der stattgehabten Separation in der Regel erst nach dem Erfolge der demnächst bewirkten Wiedervereinigung der Ehegatten ermessen werden.

11. In dem vorliegenden Falle ist eine solche noch nicht versucht worden. Daß aber während der Separationszeit keine Ausgleichung unter den Eheleuten stattgefunden hat, das beruht sichtbar darauf, daß der Mann auch während derselben in steten Beziehungen zu der W. geblieben ist. Die Frau will sich demselben auch genähert haben, jedoch mit Mißhandlungen von ihm zurückgewiesen sein, weil sie die W. bei ihm gefunden hat. Da demnach auch der bisherige Nichterfolg einer Ausgleichung wesentlich auf dem verwerflichen Verhältniß des Mannes zu der W. beruht, so kann ihm derselbe auch in dieser Beziehung nicht zu Statten kommen und daraus keine zu einer Scheidung genügende Unversöhnlichkeit zur Zeit abgeleitet werden. Vielmehr bleibt, da es im Uebrigen an einem haltbaren Scheidungsgrund für denselben fehlt und die Frau von dem ihr zustehenden Scheidungsgrund — dem Ehebruch des Mannes — keinen Gebrauch machen will, sondern der Scheidung widerspricht und auf Rückkehr zu dem Manne besteht, rechtlich nichts übrig, als den Letzteren zu seiner Pflicht zurückführen. Derselbe kann sich daher nicht weigern, die Frau nunmehr — nach abgelaufener Trennungszeit — wieder bei sich aufzunehmen . . . . . ."

### 5. Te 174.

In Sachen der Büdner T.'schen Eheleute zu Witzin erkannte die Justiz-Kanzlei zu Schwerin durch Bescheid vom

4. November 1846 auf Scheidung „bei dem in den jungirten Untersuchungsakten ctra R. und T. pto Mordversuchs genügend begründeten, dringenden Verdachte gegen die Beklagte, daß sie um den gegen den Kläger gemachten Mordversuch mitgewußt und in Rücksicht auf das zwischen der Beklagten und dem Chausseeaufseher R. bestandene, ihres Leugnens ungeachtet, durch eben jene Akten außer Zweifel gesetzte zum Aergerniß gereichende vertrauliche Verhältniß".

Auf Appellation der Frau wurde dieser Bescheid durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 19. März 1849 aus nachstehenden Gründen bestätigt.

„1. Der Beklagten und Appellantin muß man darin allerdings beipflichten, daß die in der vorigen Urthel der Entscheidung zum Grunde gelegten Momente zur selbstständigen Rechtfertigung der erkannten Entscheidung nicht ausreichen. Nicht der bloße, selbst dringende Verdacht, sondern nur die wirklich erwiesene Mitwissenschaft der Beklagten um den gegen den Kläger verübten Mordversuch würde einen rechtserheblichen Ehescheidungsgrund mit sich bringen, ebenso wie nicht schon der bloße Verdacht des verübten Ehebruchs, sondern der wirklich begangene Ehebruch zu den Ehescheidungs-Causalen gehört, wenngleich für den Beweis des Letzteren in Vorschrift des cap. 12 X de praesumtionibus unter Umständen die Darlegung bloßer Verdachtsgründe ausreicht, denen indeß die in concreto wider die Beklagte etwa sprechenden Momente offensichtlich nicht gleichgestellt werden können.

2. Das gesammte, den bisherigen Verhandlungen zum Grunde liegende Material würde demnach zur Begründung der erhobenen Ehescheidungsklage nur insofern von Erheblichkeit sein, als durch die in dem bisherigen Laufe der Ehe eingetretenen thatsächlichen Vorkommenheiten, entweder einzeln oder in ihrem ganzen Zusammenhange angesehen, auf Seiten des Klägers eine wirklich unüberwindliche Abneigung gegen die Fortsetzung der Ehe, eine tief eingewurzelte Unversöhnlichkeit — wie derselbe

diesen seinen Gemüthszustand in den Exceptionalen der jetzigen Instanz . . . bezeichnet — als genugsam gerechtfertigt und die Beklagte hinsichtlich jener bisherigen Vorkommenheiten mindestens als der hauptsächlich schuldige Theil angenommen werden müßte.

3. Ueberblickt man zu diesem Zwecke den Inhalt der Akten, so läßt es sich nicht verkennen, daß schon vor dem, am 27. December 1844 Abends wider den Kläger stattgehabten Mordversuche, der zu der demnächst wider den Chausseeaufseher R. und die jetzige Beklagte eingeleiteten Criminaluntersuchung die Veranlassung gegeben, und zwar mindestens schon seit dem Sommer 1843 sehr erhebliche eheliche Zerwürfnisse zwischen dem Kläger und der Beklagten obgewaltet haben, die auf Seiten des Ersteren hauptsächlich durch den in ihm rege gewordenen Verdacht eines ehebrecherischen Verkehrs seiner Ehefrau mit dem Chausseeaufseher R. hervorgerufen wurden, und welche zu dem zum öffentlichen Aergernisse gereichenden Resultate führten, daß der Kläger um Weihnachten 1843 seine Büdnerei verließ, sich ein anderes Unterkommen aufsuchte, zwar ab und an zur Besorgung seiner Außenwirthschaft auf seiner Büdnerei sich einfand, übrigens aber erst gegen Michaelis 1844 in seine Behausung zu der Beklagten wieder zurückkehrte.

4. Ungewiß bleibt es dagegen allerdings, ob nach dem, was schon damals vorlag, die Beklagte hinsichtlich jener derzeitigen Zerwürfnisse als der wirklich schuldige Theil aufgefaßt werden könne. Freilich scheint jener Verdacht des ehebrecherischen Verkehrs in dem allgemeinen Gerede der Witziner Dorfbewohner seine Bestätigung gefunden zu haben; allein ein solches Gerede bildet an sich keine motivirende Thatsache, durch welche der schuldige Theil ohne Weiteres herausgestellt würde, und im Uebrigen sind von der Beklagten diejenigen faktischen Vorkommenheiten, welche der Kläger zu der Darlegung, daß jene die damaligen Zerwürfnisse verschuldet, behauptet hat, beharrlich in Ab-

rede genommen, ohne daß der Beweis der wirklichen Unrichtigkeit der von derselben in dieser Beziehung gemachten entgegenstehenden Behauptungen vorliegt. Selbst der Zusammenhang des nach der eigenen Angabe des Klägers ohnehin von ihm sofort verziehenen Vorganges in der einen Nacht, in welcher der Kläger die Beklagte in ihrer Schlafstube nicht anwesend, sondern aus der daneben befindlichen Schlafstube des N. herauskommend angetroffen haben will, wird von der Beklagten als richtig bestritten, und in der Art dargestellt, daß für den Fall der Richtigkeit dieser ihrer Behauptung ein ihr zur Last zu legendes unbedingt schuldvolles Benehmen nicht ausreichend constatirt sein würde.

5. Einer vollständigen Detaillirung der gesammten nach Angabe des Klägers damals vorgekommenen Einzelheiten und einer Prüfung: ob und in wieweit die früheren Vorgänge, für den Fall des klägerischen Beweises derselben, schon an sich und ohne Hinzutritt dessen, was nach dem in der rat. 3 erwähnten Mordversuche sich durch die geführte Untersuchung herausgestellt, zur Rechtfertigung der vom Kläger behaupteten tief eingewurzelten Unversöhnlichkeit als ausreichend betrachtet werden müßten? — bedarf es indeß nicht, indem selbst im Falle der Bejahung dieser Frage jene Vorgänge dennoch bei der von der Beklagten bestimmt aufgestellten Behauptung, daß der Kläger namentlich um Pfingsten 1844 und zuletzt noch einige Tage vor Weihnachten 1844 den ehelichen Beischlaf mit ihr vollzogen habe, wegen der hiedurch gewährten Verzeihung als selbstständiger Ehescheidungsgrund zur sofortigen Auflösung des Ehebandes nicht würden führen können, vielmehr in dieser Rücksicht allemal zunächst noch der Beklagten der Beweis jener behaupteten Beischlafsvollziehungen freigelassen werden müßte.

6. Somit also reducirt sich die Entscheidung über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der von der Appellantin gegen die durch die sententia a qua erkannte sofortige

Ehescheidung erhobenen Beschwerden auf die Beurtheilung der Frage: ob selbst für den Fall jener durch die angebliche Beischlafsvollziehung gewährten Verzeihung durch den Hinzutritt dessen, was nach dem gedachten Mordversuche durch die geführte Untersuchung sich herausgestellt hat, und dem Kläger über den früheren Verkehr der Beklagten mit dem R. noch weiter bekannt wurde, sich die ganze Sachlage nunmehr dennoch in der Art gestaltet hat, daß sich die vom Kläger behauptete unüberwindliche Abneigung als wirklich vorhanden und objectiv gerechtfertigt annehmen läßt und eben deshalb von demselben eine Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit der Beklagten ohne Beeinträchtigung des Zwecks und der Bestimmung der Ehe nicht verlangt werden kann? Eben diese Frage muß aber allerdings zu Gunsten des Klägers entschieden werden.

7. Zunächst nämlich kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß, wenn auch — wie in der rat. 5 bemerkt worden — jene früheren Vorgänge als selbstständiger Ehescheidungsgrund durch die Beischlafsvollziehung absorbirt sein würden, doch deren Mitberücksichtigung als faktische Prämisse für die jetzt eingetretene unüberwindliche Abneigung des Klägers keineswegs ausgeschlossen ist. Daß früher bedeutende Zerwürfnisse stattgefunden und der Kläger in Rücksicht derselben von der Ueberzeugung geleitet worden, der unschuldige und beleidigte Theil zu sein, ist schon in der rat. 3 hervorgehoben. In psychologischer Hinsicht bestätigt es aber die Erfahrung, daß gerade da, wo zwischen Personen dergleichen Zerwürfnisse stattgefunden haben, namentlich auf Seiten dessen, der, ungeachtet er der Beleidigte war, oder wenigstens genügenden Grund zu der Annahme, sich für den Gekränkten zu halten, zu haben glaubte, die Hand zum Frieden geboten, dem Andern das bisherige verziehen hat, das frühere Gefühl der Abneigung, nur in einem verstärkten Maße, wiederkehrt und sich nur zu leicht zu einer wahrhaft unversöhnlichen

Abneigung gestaltet, wenn sich nach der gewährten Verzeihung Thatsachen herausstellen, welche die Gewißheit oder mindestens die dringende Vermuthung mit sich bringen, daß man abermals beleidigt und betrogen worden, daß der Andere in der angenommenen Verzeihung nur eine erheuchelte Sinnesänderung an den Tag gelegt, jene lediglich zum Deckmantel fernerer Beleidigungen benutzt und es nach wie vor auf eine fortgesetzte Täuschung abgesehen hat.

8. Sodann darf nicht unbeachtet bleiben, daß auf der einen Seite freilich eine solche unüberwindliche Abneigung, insoweit dieselbe für einen rechtserheblichen Ehescheidungsgrund gelten soll, sich nicht auf einen rein individuellen subjektiven Standpunkt beschränken darf, vielmehr durch objektive Gründe gerechtfertigt vorliegen muß, daß aber auch auf der anderen Seite das Vorhandensein dieses Erfordernisses der Objektivität keineswegs durch einen derartigen vollständigen Beweis bedingt wird, wie dieser im criminalrechtlichen Verfahren zur Annahme der Ueberführung eines Angeschuldigten oder zur Constatirung von Indicien nothwendig ist. Der Gemüthszustand einer Person wird nicht bloß durch juristische, sondern schon durch rein menschliche Ueberzeugungsgründe hervorgerufen, und eben deshalb ist die eingewurzelte Abneigung keine bloße subjective, sondern in jener rechtlichen Beziehung eine objektive, sobald sich annehmen läßt, daß nicht bloß jenes einzelne Individuum, sondern auch Andere in einer gleichen Lage der Verhältnisse und bei gleichen Vorkommenheiten ebenso gedacht und empfunden haben und zu dem gleichen Resultat einer solchen unversöhnlichen Gemüthsstimmung gelangt sein würden.

9. Gerade in dieser Richtung kann aber nicht bestritten werden, daß der Inhalt der Untersuchungsakten und durch die Untersuchung neu herausgestellten Thatsachen, wenn dieselben auch für den criminalrechtlichen Beweis selbst nur des dringenden Verdachts der Mitwissenschaft

der Beklagten um den gegen den Kläger verübten Mordversuch oder eines von der Beklagten mit dem Chausseeaufseher R. begangenen Ehebruchs keine überwiegenden Anhaltspunkte gewähren sollten, dennoch wohl dazu geeignet waren, nicht bloß in dem Kläger allein, sondern auch bei andern Personen, hätten sich diese in der Lage des Klägers befunden, die Ueberzeugung von der Schuld der Beklagten sowohl hinsichtlich jener Mitwissenschaft als in Betreff des erwähnten ehebrecherischen Verkehrs zu begründen. Schon der Umstand, daß die Beklagte bei dem Beginn der Untersuchung ihre derzeitige Schwangerschaft absichtlich verleugnete und während ihrer Inhaftirung zu Warin wochenlang verheimlichte, wozu beim Bewußtsein der Unschuld kein irgend zutreffender Grund ersichtlich bleibt und auch von der Beklagten nicht angegeben ist, erscheint wohl dazu geeignet, selbst in einem für Mißtrauen und Argwohn weniger empfänglichen Gemüthe den einer festen Ueberzeugung nahe kommenden Verdacht hervorzurufen. Es kommen aber hinzu die bei der stattgehabten Haussuchung in dem verschlossenen Eckschrank der Beklagten vorgefundenen, noch unter'm 20., 23. und 25. December 1844 derselben von R. zugesandten Briefe, deren Inhalt ein fortdauerndes, höchst vertrauliches Verhältniß zwischen Beiden bekundet, und sodann die theils durch das eigene Geständniß der Beklagten, theils durch die Zeugenaussagen erwiesenen Zusammenkünfte Beider in der Wohnung der P., sowie das Zusammentreffen derselben in Sternberg und Güstrow. Für den criminalrechtlichen Beweis der Schuld der Beklagten bleiben zwar alle diese Momente, in Berücksichtigung, daß die von der Beklagten zur theilweisen Aufklärung derselben gemachten Angaben, wenn auch nicht wahrscheinlich, doch möglicherweise zutreffend sein können, nicht concludent; wenn aber der Kläger zu einer gleich unbefangenen Zurückweisung der durch das Zusammentreffen jener Momente in ihm rege gewordenen Ueberzeugung nicht im Stande gewesen, so trägt dies der

ganzen Sachlage nach keineswegs den Charakter einer bloß einseitigen individuellen Ansicht.

10. Von dem Kläger, der schon früher langjährigen Grund zur Abneigung gegen das fernere Zusammenleben mit seiner Ehefrau zu haben glaubte, diese Abneigung thatsächlich durch längeres Getrenntleben bereits beurkundet hatte, sodann verzeihend zurückgekehrt war, jetzt aber wiederum zu der Ueberzeugung gelangt, daß sein durch die Verzeihung an den Tag gelegter guter Wille nur verspottet worden, die schon an sich hinsichtlich der früheren Zerwürfnisse seiner Meinung nach allein schuldige Beklagte jetzt sogar Mitwisserin eines gegen ihn verübten Mordversuchs gewesen sei; — läßt sich diesemnach wohl eine erneuert hervorgerufene Abneigung annehmen, welche einer tiefeingewurzelten Unversöhnlichkeit gleichkommt und so die auf gänzliche Trennung der Ehe gerichtete Klage wohl begründet."

## 6. La 411.

Die Eheleute waren im Jahre 1849 auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt worden, und hatte die Justiz-Kanzlei zu Rostock nach Ablauf dieser Zeit auf Scheidung erkannt. Das Urteil des O.-A.-Gerichts vom 4. September 1852 hob die erkannte Scheidung auf und wies den klagenden Ehemann an, seine Ehefrau sofort wieder zu sich zu nehmen und die Ehe mit ihr fortzusetzen aus folgenden Gründen.

„In dem Bescheide der Justiz-Canzlei vom 6. December 1849, durch welchen die L.'schen Eheleute auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt wurden, ist ausdrücklich der derzeitige Mangel hinreichender Ehescheidungsgründe hervorgehoben. Diesem Mangel wird nun aber dadurch allein nicht abgeholfen, daß der Ehemann nach verstrichener Trennungszeit die Wiedervereinigung mit seiner Frau beharrlich verweigert, indem er seine Abneigung gegen Letztere für unbezwinglich erklärt.

Es erscheint nämlich diese Weigerung und Unversöhn-

lichkeit einerseits als Verletzung der von ihm bei Eingehung der Ehe feierlich übernommenen Pflichten, besonders da die Schuld des ehelichen Unfriedens zum großen Theil ihn selbst trifft, und er sich sogar mehrmals zu thätlicher Mißhandlung seiner Frau hat hinreißen lassen. Andererseits kann die Beklagte mit Recht verlangen, daß ihr die Gelegenheit nicht abgeschnitten werde, durch die That zu bewähren, wie es ihr mit dem Entschlusse voller Ernst sei, nunmehr ihrerseits Alles zu vermeiden, was den Frieden der Ehe stören könnte."

7. Ro 505.

Die Eheleute wurden im Jahre 1850 von der Justiz-Kanzlei zu Rostock auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt und nach Ablauf der Trennungszeit geschieden. Das Scheidungsurteil wurde durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 17. Dezember 1853 aus folgenden Gründen bestätigt.

„Denn die beharrliche Erklärung der Klägerin, daß sie ungeachtet der stattgehabten zweijährigen Trennung von Tisch und Bett fortwährend unüberwindliche Abneigung und Widerwillen gegen ihren Ehemann hege, ist im gegenwärtigen Falle ausnahmsweise deshalb zur Scheidung genügend, weil er, Beklagter, durch sein Verhalten während der Separationszeit gegründete Veranlassung zu solchem unversöhnlichen Widerwillen gegeben hat. In dieser Beziehung werden nämlich die übereinstimmenden Aussagen der beiden Gerichtsdiener H. und M. zu Neukalen, wonach er seit der Trennung von seiner Ehefrau durch Völlerei und sonstigen ungeregelten Lebenswandel so weit heruntergekommen ist, daß er sogar in ekelhafter Weise mit Ungeziefer bedeckt worden, durch seine eigenen — wiewohl beschönigenden — Geständnisse im Wesentlichen bestätigt, so daß allerdings nicht zu erwarten ist, daß eine (etwa zu erzwingende) Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau zur Erreichung der Zwecke der Ehe, namentlich auch in Bezug auf gute Erziehung der Kinder führen könne und würde."

8. Ha 598.

Durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 21. April 1853 wurde das Urteil der Justiz-Kanzlei Rostock, welches nach verstrichener einjähriger Trennung der Eheleute von Tisch und Bett und verfehltem Güteversuch die Scheidung ausgesprochen hatte, aus folgenden Gründen aufgehoben.

„1. Die tiefste Zerrüttung des ehelichen Lebens der Parteien ist zwar nicht zu bezweifeln. Sie besteht seit Jahren und hat ärgerliche öffentliche Auftritte zur Folge gehabt. Der Ehemann hat seine Abneigung gegen seine Ehefrau offen an den Tag gelegt und ist durch die stattgehabte einjährige Trennung nicht anderen Sinnes geworden.

2. Aber theils ist durch den Bescheid vom 26. Juni 1851 rechtskräftig festgestellt, daß alles damals Vorgebrachte zur Ehescheidung gesetzlich nicht genüge, theils kann unüberwindliche Abneigung die Auflösung des Ehebandes jedenfalls nicht anders motiviren, als wenn den antragenden Theil keine Schuld an der Zerfallenheit trifft, diese vielmehr wenigstens hauptsächlich dem Benehmen des andern Theils zuzuschreiben ist.

In letzterer Hinsicht haben allerdings die vernommenen Zeugen ganz zum Nachtheil der Beklagten ausgesagt und die Angaben des Klägers im Wesentlichen bestätigt. Verhält sich die Sache so, wie die Zeugen deponirt haben, so trägt Beklagte große Schuld. Fortgesetzt hat sie danach bis in die Nächte hinein getobt und gelärmt, ungeachtet Kläger sich ruhig verhalten, ihn mit ihrer Eifersucht geplagt und verfolgt und ihm nachgespürt. Sie hat ihn vielfach auch in Gegenwart Anderer und selbst auf offener Straße geradezu eines ehebrecherischen Lebenswandels beschuldigt.

Andererseits ist aber auch gewiß, daß Kläger — mitunter im Beisein Anderer — sich seit Jahren mehrfach gegen seine Ehefrau Thätlichkeiten erlaubt, dieselbe in den letzten Jahren mehrere Male arg mißhandelt und noch

nach angestellter Klage — als sie ihm während ihrer Krankheit seiner Angabe nach darüber Vorwürfe gemacht, daß er fortwährend einen Termin beantrage — mit einem Stock geschlagen und ihre Medicinflasche zerschlagen hat . . . . . Den Kläger treffen daher, wenn nicht schwerere, doch mindestens gleich schwere Vorwürfe wie die Beklagte.

3. Neues von Erheblichkeit, wodurch Kläger seinen Antrag rechtfertigen könnte, ist nicht hinzugetreten. Während der Trennung haben die Eheleute keinen Verkehr mit einander unterhalten. Die Ehefrau ist zwar einige Male zum Mann gegangen, um Sachen abzuholen, von demselben aber aus der Thür gewiesen. Auch fallen die Aeußerungen, welche Beklagte — nach Angabe mehrerer Zeugen — gegen dieselben über einen vom Kläger begangenen Diebstahl gemacht, in die Zeit vor der Separation . . . .

4. Die einstweilige Separation hat wesentlich den Zweck, die Gemüther zu beruhigen und so eine Aussöhnung herbeizuführen. Ob sie ihren Zweck erfüllt, läßt sich nur beurtheilen, nachdem die Eheleute wieder zusammen gelebt. Regel ist es daher, daß sie nach abgelaufener Trennungszeit zunächst den Versuch, die Ehe in christlicher Eintracht fortzusetzen, machen und ihren guten Willen hiezu thatsächlich bethätigen müssen. Im vorliegenden Falle ist, wie gezeigt, kein Grund vorhanden, hievon abzuweichen, und war daher das Scheidungsurtheil aufzuheben . . . . . ."

Dies Urteil wurde in der Restitutionsinstanz durch Urteil vom 13. März 1854 bestätigt.

„1. Nach dem geltenden Kirchenrechte ist eine andauernde Unverträglichkeit, selbst wenn daraus wiederholte ärgerliche Auftritte entstehen, für sich allein nicht als ein triftiger Ehescheidungsgrund anzusehen. Es muß jedenfalls hinzukommen, daß der die Scheidung beantragende Gatte an dem Bruch des ehelichen Friedens unschuldig ist und seinerseits alle ihm zu Gebote stehenden Mittel erschöpft hat, den Andern zu seiner Pflicht zurückzuführen. Daran hat es der Kläger bisher ermangeln lassen; denn wenn

auch die Zeugenaussagen schließen lassen, daß die Beklagte durch ihre Eifersucht und die dadurch herbeigeführten rohen Zornesausbrüche regelmäßig den Anlaß zu Zank und Streit gegeben habe, so hat doch der Kläger bei solchen Gelegenheiten nicht die von ihm zu erwartende Mäßigung bewiesen, sondern sich zu thätlichen Angriffen hinreißen lassen, welche entschieden ungeeignet waren, das zerstörte Vertrauen herzustellen. Daß der Kläger jetzt eine schwer zu bekämpfende Abneigung gegen die Beklagte fühlt, mag richtig sein, indessen da er die an Jahren weit ältere Frau ohne eigentliche Neigung — wie er selbst gesteht — um äußerer Zwecke willen geheirathet hat, so hat er sich auch selbst bei Schließung des Ehebündnisses sagen müssen, daß er besonders schwere Pflichten auf sich nehme.

2. Durch den Bescheid der hiesigen Justiz-Canzlei vom 26. Juni 1851 steht rechtskräftig fest, daß damals noch kein genügender Grund vorhanden war, in Folge der aktenmäßigen Thatsachen die Ehe der Parteien völlig zu scheiden und es kann sich daher nur fragen, ob Neues von Erheblichkeit hinzugekommen ist, was in Mitberücksichtigung des früher Vorgefallenen gegenwärtig ein Scheidungsurtheil motiviren könnte. Denn die jetzt aufgestellte Behauptung des Klägers, es bedürfe in Gemäßheit jenes rechtskräftigen Bescheides nach dem Ablauf der Trennungszeit nur seines Antrages, um eine definitive Lösung des Ehebandes zu veranlassen, ist unbeachtlich, weil damit die Fortsetzung einer bloß suspendirten Ehe von der Willkür eines Gatten abhängig gemacht würde.

3. Zu neuen Streitigkeiten ist während der Trennungszeit keine Gelegenheit gewesen, da die Ehegatten nicht in nähere Berührung miteinander gekommen sind. Da nun die temporäre Separation gerade den Zweck hat, die Gemüther zu beruhigen und das Vergangene vergessen zu machen, so muß in einem Falle der vorliegenden Art zunächst die Wiedervereinigung erfolgen, damit es sich zeige, ob der Zweck erreicht sei, und es ist die Pflicht beider

Theile, mit redlichem Willen den Versuch zur Fortsetzung einer christlichen Ehe zu machen.

4. Ob die Beklagte, als sie den Kläger eines Diebstahls verdächtigte, den Verdacht wirklich gehegt, oder nur die Absicht gehabt hat, ihren Ehemann bei Bekannten und Nachbaren zu verläumden, ist einerlei; unter beiden Voraussetzungen hat sie sich äußerst tadelnswerth benommen, aber keinen Anlaß zur Ehescheidung gegeben. Eine wenn auch schwere wörtliche Beleidigung genügt nicht, und die verläumderische Absicht ist völlig mißlungen, da die Beklagte mit ihrer im höchsten Grade unwahrscheinlichen Anschuldigung nirgends Glauben gefunden hat, der Kläger mithin an seiner Ehre zwar empfindlich gekränkt worden ist, aber keinen Schaden genommen hat."

### 9. Re 70 Str.

Bestätigung des ersten, die Scheidungsklage des Mannes abweisenden Urteils der Justiz-Kanzlei Neustrelitz durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 19. Juni 1854.

„Denn die nach vorgängiger Trennung von Tisch und Bett und demnächstiger Wiedervereinigung aufs Neue entstehenden Zwistigkeiten können niemals an und für sich, sondern nur insofern als ein genügender Grund zur Scheidung angesehen werden, als sich in denselben in Verbindung mit den früheren Vorkommenheiten entweder eine tief eingewurzelte Unversöhnlichkeit auf Seiten beider Ehegatten offenbart, oder aber als solche Abneigung, sofern sich dieselbe auf den klagenden Theil selbst beschränkt, doch in dem Verhalten des anderen Theils ihre genügende Rechtfertigung findet. Ersteres liegt hier nicht vor, da seine Ehefrau dem auf Scheidung gerichteten Antrage widersprochen und zu einer völligen Aussöhnung sich bereit erklärt hat. Ebenso wenig aber wird seine, des Klägers, angeblich beharrliche Abneigung durch dasjenige genügend motivirt, was er in dieser Beziehung angeführt hat, zumal er an den Vorwürfen der ehelichen Untreue und den in

dieser Beziehung entstandenen Uneinigkeiten insofern selbst nicht ohne Schuld ist, als ihm in jedem Falle zur Wahrung des ehelichen Friedens obgelegen hätte, des Umgangs mit derjenigen Person, auf welche der Verdacht seiner Frau insbesondere gefallen, sich gänzlich zu enthalten."

## 10. Ei 167.

Die Eheleute waren im Jahre 1853 wegen Unverträglichkeit auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt worden. Nach Ablauf der Trennungszeit erhob die Frau Klage auf Scheidung, welche jedoch durch gleichlautende Urteile der Justiz-Kanzlei Schwerin und des O.-A.-Gerichts zurückgewiesen wurde, da es ihre Pflicht sei, zunächst zum Manne zurückzukehren und den Versuch eines friedlichen Zusammenlebens mit demselben zu machen.

Demnächst klagte der Ehemann gegen die Frau auf Scheidung wegen Ehebruchs, und erließ hierauf die Justiz-Kanzlei Schwerin das nachstehende Beweisinterlokut vom 6. Oktober 1858.

> „Daß durch die längere Zeit fortgesetzte Benutzung desselben, wenngleich mit zwei Betten versehenen, Schlafzimmers seitens der Beklagten und des Pfarrpächters S. zu W. unter den vorliegenden Verhältnissen ein so dringender Verdacht eines ehebrecherischen Verkehrs zwischen den gedachten Personen entsteht, daß die angestellte Scheidungsklage durch den Beweis dieser Thatsache an und für sich gerechtfertigt erscheinen würde und demgemäß beim Leugnen der Beklagten dem Kläger obliegt, binnen 14 Tagen salva reprobatione zu beweisen,
>
> daß und wie lange resp. unter welchen Umständen die Beklagte ein und dasselbe Schlafgemach mit dem Pfarrpächter S. zu W. getheilt habe."

Die Führung dieses Beweises mißlang, und die Beklagte leistete den ihr vom Kläger zugeschobenen Eid dahin ab, daß sie sich mit dem S. niemals fleischlich vermischt habe. Infolgedessen wurde die Klage des Mannes zurückgewiesen, ebenso aber auch eine von der Frau aufs Neue erhobene Scheidungsklage

und der über letztgedachte Klage ergangene Bescheid durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 13. Juni 1860 aus nachfolgenden Gründen bestätigt.

„1. Es ist rechtskräftig anerkannt durch die Bescheide vom 6. October 1855 und 2. Februar 1856, daß die Frau schuldig sei, zum Manne zurückzukehren, wenngleich eine Wiedervereinigung nicht stattgehabt hat.

2. Aus der späteren Zeit kommt zunächst die von der Ehefrau .... geltend gemachte Beschuldigung in Betracht, daß ihr Ehemann in der Person der Marie P. eine Braut habe. Hat derselbe nun freilich dies Verlöbniß in Abrede genommen und die Marie P. nur einen von ihr zurückgewiesenen Heirathsantrag zugegeben, so war doch jedenfalls das von der Ehefrau über dies Verhältniß in Erfahrung Gebrachte, zumal wenn sie von der Marie P. selbst etwas darüber erfuhr, wohl geeignet, eine etwa in ihr sich bildende versöhnliche Stimmung zu stören. Auch liegt für sie eine schwere Kränkung darin, daß ihr Ehemann den Vorwurf des Ehebruchs nicht allein überhaupt gegen sie erhoben, sondern auch nach dem von ihr geleisteten Eide festgehalten hat. Wie hoch man aber auch die hervorgehobenen Thatsachen anschlagen mag, so wird doch durch dieselben nach dem geltenden Recht keine Scheidungsursache begründet, und kann dem zufolge nach Lage der Sache der von beiden Eheleuten zum Protocoll vom 10. Mai v. J. zu erkennen gegebenen gegenseitigen Abneigung nicht einmal eine die weitere Separation derselben rechtfertigende Bedeutung beigelegt werden, wenn man erwägt, daß sie schon seit dem 22. September 1852 überall nicht mehr zusammen gelebt haben und nach so langer Dauer ihrer Trennung ungeachtet der Vorfälle der Zwischenzeit keineswegs die Hoffnung auf Aussöhnung der Gemüther im Fall der Wiederherstellung der thatsächlichen ehelichen Gemeinschaft aufgegeben werden kann."

Die Ehe wurde demnächst wegen Ehebruchs des Mannes geschieden.

11. Ko 1150.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 4. Dezember 1862.

„1. Können auch Unverträglichkeit der Gemüthsart, tief eingewurzelter ehelicher Unfrieden und die durch fortgesetzte Zwistigkeiten erzeugte gegenseitige Abneigung und Erbitterung der Ehegatten als solche nach protestantischem Kirchenrecht selbst zu Gunsten desjenigen, der in diesem Verhältnisse vorzugsweise als der leidende Theil erscheint, nicht als genügender Grund einer definitiven Auflösung des ehelichen Bandes betrachtet werden, und ist deshalb, wie die frühere, so auch die jetzige auf solche Gründe gestützte hierauf gerichtete Klage der Appellantin mit Recht verworfen worden, muß ferner auch daran festgehalten werden, daß, wo aus solchen Gründen, wie hier geschehen, eine zeitweilige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett erkannt worden ist, nach Ablauf der Trennungszeit eine Wiedervereinigung der entzweiten Ehegatten von Seiten des Richters zu veranlassen, und nicht bloß dann, wenn der eine Ehegatte gegen den andern auf Fortsetzung des ehelichen Lebens dringt, sondern auch ohnedies im Interesse der rechtlichen Ordnung und des auf sittlich-religiöser Grundlage ruhenden Instituts der Ehe als solcher nöthigen Falls unter Anwendung äußeren Zwangs herbeizuführen ist, so kann doch diese Regel selbst in keiner Weise insofern als eine ausnahmslose betrachtet werden, daß eine zwangsweise Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft unter allen Umständen erst versucht werden müßte, ehe erneuerte Anträge auf Scheidung oder eine neue Trennung von Tisch und Bett Berücksichtigung finden können.

2. Vielmehr wird die rechtliche Zulässigkeit einer richterlichen Verlängerung der bisherigen Trennung von Tisch und Bett auch nach protestantischem Kirchenrecht namentlich dann keinem begründeten Bedenken unterliegen, wenn die Ursache des ehelichen Unfriedens in bestimmten Fehlern des einen Theils gerade zu suchen ist, und nun-

mehr klar vorliegt, daß die Trennung eine Besserung dieser Fehler nicht herbeigeführt hat. Sind alsdann diese Fehler zugleich der Grund gewesen, aus welchem auf die Klage des darunter leidenden Theils diesem eine Absonderung von dem anderen gestattet werden mußte, so wird sich diesem die Befugniß nicht versagen lassen, unter Berufung auf die ungeschwächte Fortdauer solchen Grundes, wenn auch nicht völlige Scheidung, so doch wenigstens Verlängerung der zu seinem Schutze nothwendigen Absonderung zu verlangen. Vgl. J. H. Boehmer jus ecclesiast. Protestant. IV 19 § 49.

3. So steht aber hier die Sache. Wie die Akten ergeben, besteht der Hauptgrund des ehelichen Unfriedens in dem eingewurzelten Hange des Mannes zum Trunke und der dadurch in ihm genährten Sucht zu Händeln und Skandal, durch welche er sich alsdann, wenn er auf Widerstand stößt, zu Brutalitäten aller Art fortreißen läßt; und ist Allem zufolge nicht füglich zu bezweifeln, daß diesem Verhalten des Mannes gegenüber die Ehefrau, ohne daß ihr eine besondere Schuld hieran zur Last gelegt werden könnte, als der leidende Theil zu betrachten ist und unter dem Einfluß desselben den härtesten Druck auszuhalten gehabt hat. Sechs Mal hat sie bereits die auf Grund der ihr widerfahrenen Mißhandlungen anhängig gemachten Ehescheidungsklagen theils aus eigener Bewegung theils auf gerichtliches Zureden zurückgenommen in der Hoffnung, daß die von Seiten ihres Mannes gelobte Besserung wirklich eintreten werde, und ebenso oft ist sie bitter getäuscht worden. Die auf die siebente Klage . . . endlich erkannte zweijährige Trennung von Tisch und Bett muß daher, wenn sie auch in dem betreffenden Erkenntniß insbesondere durch die in Folge der erkennbar gewordenen tiefen Zerrüttung des ehelichen Friedens in ihr hervorgerufene gereizte und unversöhnliche Stimmung motivirt worden ist, vorzugsweise als durch das üble Verhalten des Mannes gegen sie begründet und als zu ihrem Schutze

verordnet angesehen werden. Da nun aus den nach Ablauf der Trennungszeit zwecks Wiedervereinigung der Ehegatten stattgehabten Verhandlungen nicht bloß hervorgeht, daß in den Gesinnungen, welche dieselben vor der Trennung gegen einander hegten, keine wesentliche Veränderung stattgefunden hat, da keiner derselben die Wiedervereinigung mit dem anderen Theile sucht, vielmehr jeder die Ueberzeugung ausdrückt, daß in diesem Falle nur der alte Unfriede sich erneuern würde, und diese Meinungsäußerung unter den hier obwaltenden Umständen auch nicht wohl als eine eingebildete Besorgniß oder als ein leeres Vorgeben betrachtet werden kann, da endlich aus dem von der Justiz-Canzlei erforderten .... Berichte des Amtsgerichts hervorgeht, daß die frühere Neigung des Ehemannes zum Trunke und zur Gewaltthätigkeit noch in alter Weise fortbesteht und ebenso auch in seiner äußeren Lage keine Veränderung eingetreten, insbesondere auch seine jetzige Wohnung zur Aufnahme seiner Ehefrau nicht geeignet und er nicht in der Lage ist, sich eine bessere zu verschaffen; die darin liegende Veranlassung zur Mißstimmung, die in dem Verhalten gegen seine Frau hervortrat, also gleichfalls noch fortdauert, so muß der durch die zweijährige Trennung von Tisch und Bett gemachte Versöhnungsversuch bei der ungeschwächten Fortdauer aller der Gründe, welche die frühere Entzweiung hervorriefen und insbesondere der Ehefrau einen Anspruch auf Führung eines abgesonderten Lebens gaben, auch ohne daß es dieserhalb einer zuvorigen Wiedervereinigung der beiden Ehegatten bedarf, schon jetzt für verfehlt erklärt und dem Widerspruch der Ehefrau gegen dieselbe soweit Folge gegeben werden, daß durch Anordnung einer neuen zweijährigen Trennung der frühere Versuch, eine bessere Stimmung der entzweiten Gemüther zu erzielen, wiederholt wird."

### 12. Si 1446.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 9. November 1863.

„Nach Ablauf der zweijährigen Trennungszeit kann

Klägerin sich nach den vom O.-A.-Gericht in constanter Praxis anerkannten richtigen Grundsätzen des protestantischen Eherechts der Verbindlichkeit zur Fortsetzung der Ehe nicht schon durch Berufung auf ihre ungebrochen gebliebene Unversöhnlichkeit entziehen, vielmehr würde dazu die Darlegung von Thatsachen erforderlich sein, welche entweder für sich allein oder in Verbindung mit den schon früher zur richterlichen Cognition gelangten eine genügende objektive Basis für ihre Behauptung enthielten, daß ihr die Rückkehr zu ihrem Ehemanne nicht zugemuthet werden könne."

## 13. Si 1334.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 7. Mai 1864, durch welches die nach abgelaufener zweijähriger Trennungszeit in erster Instanz verfügte Trennung der Ehegatten auf weitere vier Jahre auf eine weitere einjährige Trennung herabgesetzt wurde.

„. . . . bietet der Umstand, daß während der bisherigen Trennungszeit die streitenden Theile einander nicht näher gekommen sind, und die durch die Alimentenforderung der Appellatin genährte Abneigung sich noch gesteigert zu haben scheint, keinen Grund, das Band der Ehe zu lösen. Nach protestantischem Kirchenrecht hat die temporäre Separation entzweiter Eheleute allerdings den Zweck, die im persönlichen Verkehr sich stets erneuernden Anlässe zu Zänkereien abzuschneiden, um die erbitterten Gemüther zu beruhigen und für eine versöhnliche Stimmung empfänglich zu machen; allein diese Maßregel ist keineswegs, wie der Appellant dieselbe auffaßt, ein letzter Versuch zur Herbeiführung einer Aussöhnung in dem Sinne, daß im Falle des Mißlingens das Band der Ehe selbst zu lösen wäre. Lediglich auf Grund eingewurzelter gegenseitiger Abneigung und Unverträglichkeit kann die Ehe weder jetzt noch künftig, wenn die Parteien nach Wiederbegründung einer gemeinsamen Häuslichkeit aufs Neue in Zwiespalt gerathen sollten, geschieden werden.

2. Die Parteien lebten schon eine Reihe von Jahren getrennt, als sie durch das Erkenntniß vom 12. Juni 1861 auf fernere zwei Jahre gerichtlich separirt wurden. Sie haben daher überreichlich Zeit gehabt, alle widrigen Empfindungen zu bekämpfen und friedfertigen Gesinnungen Raum zu geben. Es würde mithin nunmehr ihre nicht länger hinauszuschiebende Pflicht sein, sich wieder zu vereinigen und die Führung eines einträchtigen Zusammenlebens sich ernstlich angelegen sein zu lassen. Daß zur Zeit noch keine direkt auf dies Ziel hinwirkenden Maßregeln verfügt sind, ist insofern gerechtfertigt, als bisher keiner der streitenden Theile an den Gedanken einer demnächst nothwendig werdenden Wiedervereinigung sich gewöhnt zu haben scheint und der Appellant insbesondere von der Ansicht ausgegangen ist, er könne, wenn im Laufe der Trennungszeit keine Aussöhnung erfolgt, Scheidung begehren. Auf jeden Fall fehlt es aber an einem genügenden Grunde, das eheliche Zusammensein der Parteien abermals auf die ungewöhnlich lange Dauer von vier Jahren zu suspendiren."

## 14. Ka 1288.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 21. Oktober 1867.

„1. Klägerin hat bereits früher, theils wegen angeblich lebensgefährlicher Bedrohungen, theils wegen Sävitien, endlich wegen derjenigen Vergehungen ihres Mannes, die für denselben eine criminelle Bestrafung zur Folge gehabt haben, die völlige Scheidung der Ehe reconveniendo beantragt, ist aber wegen Unausreichlichkeit der Scheidungsgründe mit diesem Antrag zurückgewiesen. Das weitere Benehmen des Mannes während der wiederholt verfügten separatio a thoro et mensa bietet für die Annahme eines neuen Scheidungsgrundes nicht den mindesten Anhalt. Klägerin hat den erneuerten Anträgen ihres Mannes auf Wiedervereinigung zwar jedesmal einen Scheidungsantrag entgegengestellt, ohne jedoch sich dabei auf neue, irgend ins

Gewicht fallende Verletzungen der ehelichen Pflicht Seitens ihres Mannes zu beziehen. Den früheren Vorgängen kann immer nur die Bedeutung beigelegt werden, daß der Frau die Rückkehr nicht ohne Weiteres anzusinnen ist, wenn das Verhalten des Mannes während der Trennungszeit den Besorgnissen der Frau wegen weiterer Mißhandlungen neue Nahrung geboten hat. Der Umstand nun, daß wiederholter Separationen ungeachtet keine Anzeichen einer Sinnesänderung des Mannes bemerkbar werden, vermag höchstens die Weigerung der Frau, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen, auch jetzt noch als eine gerechtfertigte erscheinen zu lassen, und von ihr den Vorwurf der malitiosa desertio abzuwenden, ein Scheidungsgrund ist daraus für dieselbe nicht zu entnehmen. Nicht die Abneigung, sondern der Grund, worauf dieselbe sich stützt, kommt in Betracht, und wenn dieser Grund zur Scheidung nicht ausreicht, kann die durch dessen Fortdauer gesteigerte Abneigung nie zur Scheidung führen.

2. Ist daher zwar der Mann insofern für beschwert zu erachten, als auf Trennung des ehelichen Bandes erkannt, auch dem Manne die Wiederverheirathung untersagt ist, so war doch der Frau die Rückkehr zum Manne nicht aufzuerlegen. Es liegen keine Umstände vor, an welche die Erwartung, daß die schon im 64. Lebensjahre stehende und kränkliche Frau bei ihrem Manne eine angemessene Begegnung finden und vor Thätlichkeiten geschützt sein werde, anknüpfen könnte, im Gegentheil läßt der ganze Verlauf des gerade während der jüngsten Trennungszeit vom Beklagten gegen die Klägerin anhängig gemachten Prozesses wegen Entschädigung die Befürchtungen der Letzteren noch als fortdauernd gerechtfertigt erscheinen; vornehmlich fällt das beleidigende Benehmen des Mannes gegen seine Ehefrau nach erfolgter Eidesleistung sowie die Denunciation wegen Meineids in Gewicht. Es war daher die bisherige Separation zu prorogiren."

## Lebensnachstellungen und lebensgefährliche Mißhandlungen und Drohungen.

### 15. Du 153.

Durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 9. Januar 1843 wurde der auf Scheidung klagenden Ehefrau der Beweis auferlegt,

daß der Beklagte ihr unter Drohungen ein Messer auf die Brust gesetzt, so daß sie nur mit Mühe der ferneren Mißhandlung entgangen sei.

„. . . . . Hat sich jener Vorgang aber so verhalten, wie Klägerin denselben angegeben, so läßt sich nicht verkennen, daß derselbe eine deren Leben gefährdende Drohung und Handlung enthielt und ist daher, da dergleichen lebensgefährliche Mißhandlungen an sich zu den rechtserheblichen Ehescheidungsgründen gehören, auch nunmehr, so wie in dem heutigen Urtheil geschehen, auf Beweis desselben zu erkennen gewesen."

### 16. Ha 425.

Das Urteil des O.-A.-Gerichts vom 29. Juni 1843 legte der klagenden Ehefrau nachstehende Beweise auf.

„Daß Beklagter in den ersten Tagen nach ihrer Entbindung die Erfüllung der ehelichen Pflicht von ihr verlangt, und als dies von ihr abgelehnt worden, das Scheidemesser geschliffen, die Schärfe der Schneide versucht und gedroht habe, sie damit zu durchstechen, worauf er vom herbeigerufenen Schulzen davon abgehalten worden, auch

daß und wann er ein anderes Mal sein Pistol geholt und es laden wollen, um sie zu erschießen, worauf er wiederum durch den herbeigekommenen Schulzen daran verhindert worden."

Aus den Gründen:

„Die erwähnten Vorgänge . . . . sind . . . . für die Begründung einer Klage auf gänzliche Scheidung von Bedeutung. Es geht daraus, wenn ihre Angabe begründet

ist, hervor nicht bloß, daß die Klägerin sich derzeit in Besorgniß für ihr Leben gesetzt glauben mußte, sondern auch, daß es selbst, in Rücksicht auf die derzeitige Lage ihrer Gesundheit als Wöchnerin wirklich bedroht worden. Wirklich lebensgefährliche Drohungen sind als ein Scheidungsgrund anzusehen."

## 17. He 592.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 12. Oktober 1854.

„In der Sache selbst erscheint die erkannte Scheidung der Ehe als völlig gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß die Begangenschaft, deren er, der Beklagte, sich am 12. Juli 1851 gegen seine Ehefrau schuldig gemacht hat, in einem lebensgefährlichen Angriff auf dieselbe besteht, daß seine Ehefrau durch den von ihm in geringer Entfernung abgefeuerten Schuß aus einem mit Hagel und Rehposten geladenen Terzerol auch in der That eine bedeutende und selbst mit Lebensgefahr verbundene Verletzung erhalten hat, und daß er, unter Anerkennung seiner Zurechnungsfähigkeit im Augenblick der That, wegen des fraglichen Verbrechens . . . . rechtskräftig zu zwei Jahren und elf Monaten Zuchthaus verurtheilt ist. Wenn allerdings nach dem Resultat der geführten Criminaluntersuchung weder Prämeditation noch die Absicht der Tödtung erwiesen vorliegt, so rechtfertigt doch eines Theils . . . . sein Benehmen vor der That die Annahme, daß er sich schon früher mit schlimmen Absichten gegen seine Ehefrau getragen habe, und anderentheils hat er den lebensgefährlichen Schuß in einer, wenn zwar unbestimmten, doch aber jeden Erfolg genehmigenden Absicht abgefeuert."

## 18. Pe 532.

Auf die von der Ehefrau wegen eines von dem Manne gegen sie begangenen Mordversuchs erhobene Scheidungsklage hatte die Justiz-Kanzlei zu Güstrow auf Scheidung erkannt. Das Urteil des O.-A.-Gerichts vom 26. Januar 1865 refor-

mierte auf Trennung der Eheleute von Tisch und Bett auf zwei Jahre aus nachstehenden Gründen.

„. . Die jungirten Untersuchungsakten ergeben, daß die vom Beklagten der Klägerin am 5. September 1862 durch einen Beilhieb am Kopfe zugefügte Verwundung bei der am folgenden Tage eingetretenen gerichtsärztlichen Besichtigung für eine das Leben oder die Gesundheit gefährdende nicht angesehen ward."

(Es folgt eine nähere Beschreibung der Wunde, welche nur die äußere Fläche des Schädelknochens verletzt hatte und demnächst günstig heilte.)

„. . . Immerhin war jedoch die Verwundung eine erhebliche.

2. Im vorliegenden Falle kann die Frage auf sich beruhen, ob auch nach unserem Rechte Lebensnachstellungen als Ehescheidungsgrund gelten können. Hier trifft jedenfalls die Voraussetzung nicht zu, daß die Lebensnachstellungen, aus einer eingewurzelten, feindseligen Gesinnung oder aus ehebrecherischen Motiven hervorgegangen, zu dem Schlusse berechtigen, daß bei Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft das Leben des unschuldigen Theils einer beständigen, voraussichtlich gar nicht abzuwendenden Gefahr ausgesetzt sein würde, wie dieser Grund nach Ausweis der von Richter — Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts S. 56—70 — gegebenen Nachweisungen vor dem Eindringen der später herrschend gewordenen naturrechtlichen Auffassung der Ehe von den Theologen und Juristen des sechszehnten und siebenzehnten Jahrhunderts anerkannt ist.

3. Beklagter hat zwar auch seinerseits der Klägerin dadurch Anlaß zur Unzufriedenheit gegeben, daß er seiner Wirthschaft nicht immer gehörig vorstand, die Klägerin hat jedoch den ehelichen Unfrieden dadurch mitverschuldet, daß sie die hausherrliche Stellung ihres Mannes vor den Dienstboten mißachtete und durch ihr Verhalten gegen den in ihrem Dienst befindlichen Knecht M. sich dem Verdacht

ehelicher Untreue aussetzte. Beklagter zog sich Beides sehr zu Gemüthe und ergab sich seit seinem 36. Lebensjahre zeitweise dem Trunke, besonders wenn er häuslichen Aerger gehabt hatte. Er war leicht erregbar, und wenn er getrunken hatte, unbändig, doch auch leicht wieder zu versöhnen. Sein Bestreben ist darauf gerichtet, Ruhe im Hause zu haben, bald sucht er sich in seine unglückliche Lage zu fügen, dann wieder auf eine Aenderung seiner Frau in ihrem Verhalten einzuwirken; er wendet sich mit Klagen an das Amtsgericht, er sucht die Vermittelung des Geistlichen und anderer Personen nach; die lebensgefährlichen Drohungen, welche er theils gegen seine Frau unmittelbar ausgestoßen, theils durch dritte Personen ihr hinterbringen ließ, fallen .... gleichfalls unter diesen Gesichtspunkt. Eine eingewurzelte Feindschaft des Beklagten tritt nicht hervor, vielmehr hat er die eheliche Pflicht fortwährend erfüllt; das eheliche Verhältniß gestaltete sich auch zeitweise freundlicher, namentlich in der letzten Zeit vor der That. Es können daher auch die früher vorgekommenen Thätlichkeiten des Beklagten nur als vorübergehende Zornausbrüche aufgefaßt werden, und man darf mit Grund annehmen, daß der Wille des Beklagten auf eine friedliche Fortsetzung der Ehe gerichtet blieb.

4. Unzweifelhaft hat eine neue Kränkung des Beklagten die That herbeigeführt."

(Auf dem Rückwege von der benachbarten Stadt, nach welcher die Parteien zusammen gefahren waren, wünschte die Frau den Ort zu berühren, in welchem der Knecht M. sich aufhielt, den der Ehemann im Verdacht hatte, Ehebruch mit seiner Frau getrieben zu haben, und ließ sich durch die Vorstellungen des Mannes von diesem Vorsatz nicht abbringen. In Folge dessen stieg der Mann vom Wagen, kehrte zu Fuß zur Stadt zurück, betrank sich hier und wurde schließlich in bewußtlosem Zustande an der Straße aufgefunden.)

„5. Mag nun auch Beklagter den Hieb in tödtlicher Absicht geführt haben, so spricht doch für die Annahme eines Affektes nicht nur die Verübung der That in Gegenwart dreier Zeugen, sondern auch der Umstand, daß er die am Tage vorher erlittene Kränkung tief empfunden hatte, und es ist glaublich, daß die Aufregung, theils unter den Nachwirkungen des letzten Rausches, theils in Folge erneuten Branntweingenusses, zur Zeit der That einer ruhigeren Ueberlegung noch nicht Raum gestattete . . . . . Beklagter erklärt,

> „„Auch als ich das Beil aufhob, ist mir der Gedanke, meine Frau todtschlagen zu wollen, fern geblieben; ich wollte ihr Eins versetzen, und erst, als ich zum Schlage ausgeholt, und den Schlag, der nach dem Kopfe allerdings gerichtet gewesen, nicht mehr zurücknehmen konnte, da fiel mir ein, daß er dem Leben meiner Frau gefährlich werden könnte, und da hemmte ich den Schlag.““

Die Glaubwürdigkeit der Versicherung des Beklagten, daß er sich der Gefährlichkeit seines Beginnens nicht sofort klar bewußt gewesen, kann hier dahin gestellt bleiben; für eine Hemmung der Kraft spricht jedoch die Wahrscheinlichkeit. Der Hieb mit dem scharfen Beil traf die Frau, während sie in gebückter Stellung auf der Erde Flachs ausbreitete, und hätte jedenfalls eine gefährlichere Wunde erfolgen müssen, wenn er mit ernstlichem Nachdruck geführt worden wäre.

6. Ist demnach die That nicht als Ausfluß einer eingewurzelten, feindseligen Gesinnung, vielmehr als im Affekt verübt anzusehen, und ist ferner die sententia a qua gleichfalls davon ausgegangen, daß der eheliche Unfriede, und somit auch die letzte Thätlichkeit des Beklagten wider die Klägerin wesentlich von Letzterer, insbesondere durch das Verhältniß, in das sie ihrem Ehemanne gegenüber mit den Knechten desselben und namentlich mit dem Knecht M. getreten, mitverschuldet ist, . . . . so muß dies zur

Verwerfung des Scheidungsantrags führen. Bei seinen Verschuldungen hat Beklagter immer das Verlangen nach einer ungestörten Fortsetzung der Ehe festgehalten, und bis auf Weiteres ist vorauszusetzen, daß er die verbüßte Strafe sich als eine Warnung werde dienen und vom Zorn sich nicht wieder werde hinreißen lassen. Vor Allem fällt nach der Aktenlage der Umstand ins Gewicht, daß bei einem pflichtmäßigen Verhalten der Klägerin gegen ihren Ehemann die friedliche Fortsetzung der Ehe nicht als gefährdet erscheint."

## 19. Pa 75 Str.

Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 8. September 1879 bestätigte die Zurückweisung der auf angebliche Lebensnachstellungen seitens des Mannes gegen die Frau gegründeten Scheidungsklage der Letzteren.

„Denn die Consistorial-Ordnung vom 31. Januar 1570 Titel VIII sub V und VI erkennt nur die Desertion als einen dem leiblichen Ehebruch gleichzustellenden Scheidungsgrund an. Die in dem Klagnachtrage von Ihnen aufgestellten Behauptungen rechtfertigen nicht einmal den Vorwurf von Lebensnachstellungen; es handelt sich um Vorkommnisse nach Erhebung der Scheidungsklage; der Beklagte suchte Sie zur Rücknahme der Klage zu bewegen, und wenn er nach fruchtlosen Vorstellungen zu Gewaltthätigkeiten schritt, so wird man darin nur einen Ausbruch seines Unmuths, ernstliche Lebensnachstellungen aber um so weniger erkennen können, als ein Zurückstoßen Ihres Mannes genügt haben soll, denselben ein Ende zu machen. Allerdings ist es nicht ganz unwahrscheinlich, daß Ihr Mann Ihnen nicht immer so begegnet ist, wie Sie es wohl hätten erwarten dürfen, indessen liegt auch nicht vor, daß Sie an dem Ausbruch einzelner Mißhelligkeiten frei von aller Schuld gewesen. Geht man von den thatsächlichen Ermittelungen aus, mit denen die Versicherungen Ihres Mannes, daß er Ihre Rückkehr wünscht und Sie

als eine treue und tüchtige Hausfrau anerkennt, übereinstimmen, so muß man Ihre Befürchtungen, bei Ihrem Manne im Fall der Rückkehr eine schlechte Behandlung zu finden, für unbegründet halten und annehmen, daß eine erträgliche Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nur von Ihnen abhänge."

## Verurteilung eines Ehegatten zu Zuchthausstrafe.

### 20. Ho 532.

Abweisung der Scheidungsklage der Frau durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 25. August 1848.

„Daß ihr Ehemann Diebstähle begangen hat und deshalb Zuchthausstrafe erleidet, ist kein Ehescheidungsgrund, und die vierjährige Dauer der Letzteren ist keine so lange Trennung, daß die Ehe dabei nicht bestehen könnte. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß sie, Appellantin, an den Vortheilen mehrerer jener Diebstähle wissentlich Theil genommen . . . . . hat."

### 21. Ka 96 Str.

Urteil des O.-A.-Gerichts vom 9. November 1854.

„1. Insoweit die erhobene Ehescheidungsklage darauf gestützt ist, daß Beklagter eine neunjährige Zuchthausstrafe wegen Brandstiftung zu erleiden habe, steht ihr der aktenmäßige Umstand entgegen, daß Klägerin selbst wegen ihrer Theilnahme an jenem Verbrechen zu achtjähriger Zuchthausstrafe rechtskräftig verurtheilt ist. So wie nämlich überhaupt aus einem gemeinsam verübten Verbrechen irgend ein klagbares Recht der Theilnehmer untereinander nicht hervorgehen kann, so kommt auch im Gebiet des Eherechts nur zur Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine zeitliche Freiheitsstrafe den unschuldigen Ehegatten berechtige, auf Scheidung zu klagen. Ist nun gleich diese Frage . . . . nicht ganz zu verneinen, so bleibt doch davon der zweifellose Satz, daß dem mitschuldigen

Gatten unter keinen Umständen jene Befugniß zusteht, völlig unberührt.

— — — — — — — — — — — —

4. Unter diesen Umständen ist auch ein rechtlich genügender Scheidungsgrund nicht zu finden in der Versicherung der Klägerin, daß der letzte Funke von Zuneigung zu einem Manne, der so großes Unglück über sie und ihre Kinder gebracht habe, bei ihr erloschen sei. Denn auf ihre moralische Integrität als Grund gänzlicher innerer Entfremdung von ihrem Mann darf sie sich nun einmal nicht berufen. Das äußere Ungemach aber, von welchem sie in Folge gemeinsamen Verschuldens betroffen wird, giebt ihr kein Recht, sich von ihrem Manne loszusagen, wenn auch dessen Schuld schwerer sein mag als ihre eigene.

5. Die in der Klage ausgesprochene Besorgniß ferner, daß Klägerin der Rache ihres Mannes preisgegeben sein werde, wenn sie nach Ablauf seiner Strafzeit die Ehe mit ihm fortsetzen müsse, entbehrt nicht nur der erforderlichen objektiven Begründung, sondern könnte auch jedenfalls zunächst nur zu angemessenen obrigkeitlichen Schutzmaßregeln führen."

## 22. Mo 552.

Bestätigung der Zurückweisung der Scheidungsklage durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 18. September 1854.

„Ferner ist die wider ihren Ehemann wegen Brandstiftung erkannte vierjährige Zuchthausstrafe .... nicht von solcher Dauer, daß der Zweck der Ehe schon dadurch fernerhin unerreichbar würde. Im Uebrigen kann aber nach bestehendem Recht das Ungemach, wovon sie in Folge jener Missethat und entehrenden Strafe ihres Mannes etwa betroffen wird, für einen ausreichenden Scheidungsgrund nicht gelten, um so weniger, als ihr Ehemann sie stets gut behandelt hat und wegen des Verbrechens, zu welchem er sich in Erbitterung darüber, daß ihm eine wohl begründete Aussicht auf seine und seiner Familie ge-

sicherte Existenz plötzlich vereitelt worden, hat hinreißen lassen, welches er jedoch aufrichtig zu bereuen scheint, nicht für so gänzlich verdorben zu halten ist, daß die auf religiösem und sittlichem Grunde beruhende Uebereinstimmung der Gesinnung, durch welche freilich die eheliche Lebensgemeinschaft wesentlich bedingt ist, als aufgehoben zu betrachten und deshalb ihr, der Klägerin, das fernere Zusammenleben mit ihm rechtlich unmöglich geworden wäre."

## 23. Bi 783.

Bestätigung der Zurückweisung der Scheidungsklage der Ehefrau durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 31. März 1855.

„Denn die vom Beklagten verübten Verbrechen (Wechselfälschung und Betrug) und die schwere peinliche Strafe (vier Jahre Zuchthaus), welche er dieserhalb erleidet, rechtfertigen an und für sich die Ehescheidung nicht, wenn sie auch geeignet sind, die Abneigung des unschuldigen Theils zu begründen und das Vertrauen und die Achtung desselben zu zerstören. Es muß hinzukommen, daß sie solche Abneigung hervorgerufen haben und diese wirklich unüberwindlich geworden. Aus ihrer, der Klägerin, bloßer Behauptung kann sich solches nicht herausstellen. Im vorliegenden Fall sprechen sogar die Briefe, welche sie an den Beklagten nach Antretung seiner Zuchthausstrafe bis kurz vor der Klage geschrieben und das glückliche Verhältniß, welches zwischen ihnen während des ehelichen Zusammenlebens bestanden, dagegen. Daß sich ihre, der Klägerin, Liebe und ihr Vertrauen dem Ehemanne wieder zuwenden werde, wenn er nach Verbüßung seiner Strafe durch Thätigkeit und Redlichkeit die allgemeine Achtung wiedergewinnt, läßt sich von einem christlichen Gemüth der Ehefrau bei gewissenhafter Selbstprüfung erwarten. Für den Fall aber, daß sich ihre Besorgnisse für die Zukunft verwirklichen sollten, ist ihr durch das nur die zeitige Lage der Verhältnisse berücksichtigende Erkenntniß nichts abgesprochen."

## 24. Ku 1064.

Bestätigung des erstinstanzlichen Scheidungsurteils durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 7. Juni 1858.

„Denn wenn auch die Consistorialordnung von 1570 Titel VIII c. 5 u. 6 im Einklang mit dem Buchstaben der Heiligen Schrift und dem Inhalt der älteren protestantischen Kirchen- und Eheordnungen außer dem . . . . Irrthum über die Jungfrauschaft ausdrücklich nur Ehebruch und bösliche Verlassung als Scheidungsursachen aufführt, so haben doch die Theorie und Praxis des protestantischen Kirchenrechts von je her die analoge Ausdehnung der in den älteren Gesetzen speziell aufgeführten Ehescheidungsgründe für zulässig gehalten. Auch in Mecklenburg hat sich eine solche Praxis ausgebildet, und kann dieselbe nicht als unberechtigt angesehen werden, insofern nur, in sorgfältiger Beachtung des den gesetzlichen Bestimmungen zu Grunde liegenden Princips, die per analogiam zugelassene Scheidung auf die Fälle beschränkt wird, in welchen ein Ehegatte durch sein Verhalten das Wesen der Ehe und die dem andern Ehegatten schuldige Treue ebenso schwer verletzt hat, wie in jenen speziell hervorgehobenen Fällen. Dies trifft aber zu, wenn, wie hier, der eine Ehegatte durch das vorsätzlich verübte schwere Verbrechen (Anstiftung zur Brandstiftung) und die in Folge deren verwirkte vieljährige Zuchthausstrafe (12 Jahre) nicht nur für lange Zeit sich zur Erfüllung aller derjenigen Pflichten außer Stand gesetzt hat, welche aus der vollen und ungetheilten Lebensgemeinschaft beider Ehegatten für den Ehemann insbesondere sich ergeben, sondern auch durch die betrügerische Absicht, in der er das Verbrechen verübte, eine Gesinnung an den Tag gelegt hat, welche das Vertrauen des andern Ehegatten zu seiner Persönlichkeit und damit die innere Grundlage jener ausschließlichen Lebensgemeinschaft vollständig zerstören muß.“

25. Ko 1077.

Bestätigung der Zurückweisung der Scheidungsklage der Ehefrau durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 23. November 1859. (Die Klage war unter Anderem darauf gegründet, daß der Ehemann wegen Versuchs der Brandstiftung und wegen Betrugs eine Zuchthausstrafe von 3 Jahren und 8 Monat erlitten hatte.)

„In dem jetzt angefochtenen Bescheide ist .... mit Recht ausgesprochen, daß eine mit Zuchthausstrafe beahndete verbrecherische Handlung eines Ehegatten dem Anderen nur dann einen selbstständigen Scheidungsgrund giebt, wenn die lange Dauer der Haft die Analogie einer böslichen Verlassung als zutreffend erscheinen läßt — was hier offenbar nicht der Fall ist —, während im Uebrigen der unschuldige Theil das aus der Schuld des Anderen ihm entstehende Ungemach in Geduld und Ergebung zu tragen hat. Es mag sein, daß die leicht erklärliche Abneigung, welche sie, die Appellantin, gegen ihren sittlich so tief gesunkenen Ehemann empfindet, erheblich stärker geworden ist, seit er die Bahn des Verbrechens betreten hat, und daß es ihr daher schwer wird, einer versöhnlichen Stimmung Raum zu geben; allein sie darf sich darum doch noch nicht der an sie zu stellenden Aufgabe entziehen, mit Selbstüberwindung und Hintansetzung aller anderen Rücksichten den in dem angefochtenen Bescheide angedeuteten Obliegenheiten einer christlichen Ehefrau nach Kräften zu genügen ....."

26. Zi 127.

Bestätigung der Zurückweisung der Scheidungsklage durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 27. August 1868. (Die Klage war darauf gegründet, daß der Ehemann wegen betrügerischen Bankerotts zu 9 Monaten Zuchthaus verurteilt war, welche er in der Zeit zwischen dem Erlaß des ersten und des zweiten Urteils verbüßt hatte.)

„Denn ein von einem der Ehegatten während der Ehe

begangenes Verbrechen giebt selbst dann, wenn es eine entehrende Strafe nach sich gezogen hat, dem andern Theile nicht das Recht, die Wiedervereinigung mit dem aus der Strafhaft zurückkehrenden Gatten abzulehnen und die Scheidung der Ehe zu begehren. Die durch die Ehe begründete vollkommene Lebensgemeinschaft, der derselben innewohnende tiefsittliche Charakter und die von beiden Ehegatten bei der Einsegnung der Ehe einander gelobte unverbrüchliche Treue verpflichten einen Jeden derselben, auch das von dem anderen Theile selbstverschuldete Unglück in christlicher Ergebenheit mitzutragen, das auch ihm dadurch zugefügte Unrecht zu verzeihen und, anstatt sich von Jenem abzuwenden, vielmehr auf eine Sinnesänderung und Besserung desselben hinzuwirken und eine durch seinen Fehltritt etwa erzeugte Abneigung zu besiegen."

## Ehebruch und Verdacht des Ehebruchs.*)

### 27. So 127 Str.

Bestätigung des erstinstanzlichen Scheidungsurteils durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 27. April 1854.

„Denn die erhobene Klage gründet sich allerdings auf die von ihr, der Appellantin, bestimmt abgeleugnete Behauptung, daß sie mit dem K. Ehebruch getrieben habe, auch ist es richtig, daß die von ihr zugestandenen Thatsachen, wenn dieselben nicht die Annahme eines begangenen wirklichen Ehebruchs rechtfertigten, für sich betrachtet, einen selbstständigen Ehescheidungsgrund nicht bilden würden; man muß indessen den Rationen des angefochtenen Erkenntnisses wenigstens in dem Sinne beipflichten, daß in Scheidungsprozessen der stringente Beweis eines behaupteten Ehebruchs durch die Constatirung eines dringenden Verdachts nach Analogie des c. 12 X de praesumt. er-

*) Vgl. außerdem Buchka und Budde Entscheidungen Bd. III S. 195 u. 196.

setzt werden kann. Dazu genügt freilich noch nicht der Nachweis, daß ein Gatte eine die eheliche Treue verletzende sträfliche Neigung an den Tag gelegt und irgendwie bethätigt habe, es müssen vielmehr Umstände vorliegen, welche in einem so nahen Zusammenhange mit einem vollendeten Ehebruch stehen, daß dem verletzten Gatten billigerweise nicht zugemuthet werden kann, die Ehe mit dem Glauben an deren Integrität fortzusetzen. Es muß mit anderen Worten die Ueberzeugung des klagenden Theils, daß seine Ehe gebrochen sei, auf thatsächlichen Gründen beruhen, welche vor einer unpartheiischen Prüfung als triftig bestehen. So ist die Entscheidung der vorhin erwähnten Decretale zu fassen, und demgemäß ist auch der vorliegende Fall zu beurtheilen.

Liest man die von ihr, der Appellantin, an K. geschriebenen, alle Zucht und Sitte verleugnenden Briefe, erwägt man dabei, daß nach ihrem Geständniß ihr persönlicher Umgang mit diesem Manne dem Inhalt der Briefe entsprechend gewesen ist, daß sie sich namentlich in sehr unehrbarer Weise seinen Liebkosungen preisgegeben hat, so gewinnt man ein Bild von einem buhlerischen Verhältniß, in welchem es zur Begehung eines wirklichen Ehebruchs höchstens an günstiger Gelegenheit gefehlt haben könnte. Da nun auch dies Bedenken schwindet, insofern sie, die Appellantin, mit ihrem Geliebten öfter, und namentlich in den letzten Tagen seines F.'er Aufenthalts, als die Bekanntschaft bereits den höchsten Grad rückhaltsloser Vertraulichkeit erreicht hatte, stundenlang bis in die Nacht hinein allein in einem Zimmer zugebracht hat, während ihr Ehemann nicht zu Hause war, so ist nach den oben erörterten Grundsätzen der Appellat mit dem Beweise der den Ehebruch vollendenden Thatsache zu verschonen."

## 28. Bu 868.

Durch Bescheid der Justiz-Kanzlei zu Rostock vom 9. Februar 1858 war dem klagenden Ehemanne der Beweis aufer-

legt, daß die beklagte Ehefrau in dem E.'schen Lokale mit dem L. zur Abendzeit zusammengekommen sei, und daß sich Beide zusammen in einem dunklen Zimmer daselbst allein aufgehalten haben, da die behauptetermaßen stattgehabten heimlichen und abendlichen Zusammenkünfte der Beklagten und des L. in namentlichem Beihalt des früher stattgehabten, allemal verdächtigen Besuchs der Beklagten in der L.'schen Wohnung die Annahme eines ehebrecherischen Verkehrs rechtfertigen würden.

Durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 13. Januar 1859 wurde dieser Bescheid aufgehoben und dem Kläger der Beweis auferlegt, daß die Beklagte mit dem L. Ehebruch getrieben habe.

„4. Dagegen gereicht der Beklagten die angefochtene Beweisauflage allerdings zur Beschwerde, weil die vom Kläger angeführten, in der sent. a qua zum Beweise verstellten Thatsachen den im c. 12 X de praes. hervorgehobenen Thatsachen keineswegs unbedingt gleichstehen, mithin nicht, wie diese Letzteren zur Begründung einer rechtlichen Präsumtion des begangenen Ehebruchs ausreichen und eben deshalb auch nicht dazu geeignet erscheinen, den Umfang der ganzen Beweisauflage auf die bloße Darlegung derselben zu beschränken."

## 29. Ti 282.

Bestätigung der Zurückweisung der Scheidungsklage durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 22. Februar 1864.

„1. Es ist als feststehend zu betrachten, daß in den beiden allein zur Frage stehenden Fällen nur Versuchshandlungen vorliegen, und es zur Vollziehung des Ehebruchs nicht gekommen ist.

2. Zur Begründung der Scheidungsklage bedarf es aber der bestimmten Behauptung eines wirklich verübten Ehebruchs, und steht der Versuch eines solchen in dieser Beziehung dem vollendeten Delikt nicht gleich. Ebensowenig kann ein solches Verhalten eines Ehegatten, welches gegen denselben den allgemeinen Verdacht der Geneigtheit zur Verübung eines Ehebruchs begründet, der wirklichen Be-

gehung des letzteren gleichgestellt und insbesondere die Bestimmung des c. 12 X de praes. auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden, weil, wie bereits erwähnt, anzunehmen ist, daß es in den gedachten Fällen zur Vollziehung des Ehebruchs nicht gekommen sei."

### 30. Wi 930.

Scheidung der Eheleute durch Urteil des O.-A.-Gerichts vom 30. April 1877.

„1. Der erste Richter hat mit Recht anerkannt, daß dasjenige, welches der Beklagte in dem gegenwärtigen Ehescheidungsprozeß aktenmäßig zugegeben hat, genüge, um in Gemäßheit der Bestimmung im c. 12 X de praesumt. eine Präsumtion für den von demselben mit der S. M. verübten Ehebruch zu begründen, und daß die Klägerin wegen des hiernach als bewiesen anzunehmenden adulterium praesumtum von der Hauptbeweispflicht für ihre auf den ihrem Ehemanne vorgeworfenen Ehebruch gegründete Ehescheidungsklage entfreit sei. Andererseits ist nach der richtigen und in der hiesigen Rechtsprechung feststehenden Ansicht davon auszugehen, daß die in der angeführten Gesetzesstelle aufgestellte Präsumtion nur den Beweis des Ehebruchs ersetzen soll, und daß daher im Allgemeinen auch beim Zutreffen jener Präsumtion dem des Ehebruchs beschuldigten Ehegatten der Beweis seiner Behauptung, daß es ungeachtet der die gesetzliche Präsumtion an sich rechtfertigenden Umstände und ungeachtet der gegen ihn bewiesenen unsittlichen Handlungen in Wirklichkeit zu einer fleischlichen Vermischung nicht gediehen sei — ein adulterium verum nicht vorgekommen sei, nicht zu versagen ist, mag man diesen freizulassenden Beweis der jene Präsumtion ausschließenden — negativen — Thatsache als direkten Gegenbeweis gegen die den Beweis ersetzende Präsumtion oder als Einredebeweis auffassen und formuliren. Ob die jungirten Untersuchungsakten und die darin vom Beklagten . . . . . abgelegten Geständnisse genügenden

Grund abgeben, dem Beklagten den Beweis seiner Behauptung abzuschneiden, kann nach Lage des Falles ununtersucht bleiben.

2. Denn die Frage, ob derjenigen unzüchtigen Handlung, welche der Beklagte auch in dem jetzigen Rechtsstreite einzuräumen sich genöthigt gesehen hat, nicht noch eine selbstständige und andere Bedeutung als die einer Präsumtion für den begangenen Ehebruch beizulegen ist, mit anderen Worten, ob dieselbe nicht an und für sich ihrer Beschaffenheit nach und selbst unter der Voraussetzung, daß es dabei geblieben und nichts Weiteres vorgefallen sei, also namentlich eine conjunctio genitalium nicht stattgefunden habe, eine so grobe, und dem vollendeten Ehebruch so nahestehende und rechtlich gleichzuachtende Verletzung der ehelichen Treue enthält, daß sie zur Begründung der Ehescheidungsklage genügt, ist zu bejahen. Wenn nämlich auch keineswegs jeder Versuch des Ehebruchs einen Ehescheidungsgrund abgiebt, und die eingeräumte Thatsache weder in physiologischer Beziehung den Begriff des vollzogenen Beischlafs noch in criminalistischem Sinne den Thatbestand des vollendeten Ehebruchs erfüllt, so ist der Beklagte doch nicht nur zu den äußersten Versuchshandlungen geschritten, sondern hat bei diesen Versuchshandlungen seine unerlaubten Lüste und fleischlichen Begierden durch die geständigermaßen erfolgte emissio seminis, wenn auch nicht in beabsichtigter Weise befriedigt und gestillt. Durch diese Handlung hat der Beklagte die unio carnis, welche durch die Ehe zwischen den Gatten entstanden, kaum weniger verletzt, als durch einen vollständig vollzogenen Beischlaf, und der Fall ist so gestaltet, daß auf ihn der Ausdruck der c. 2 causa 32 qu. 1 „unam carnem in aliam diviserit“ zutrifft. Die im Seuffert'schen Archiv abgedruckten Präjudicien (XII 38, XIII 147 i. f., XXV 31, XXXI 237) beweisen denn auch zur Genüge, daß die Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe keineswegs nur den im eigentlichen und strengsten Sinne vollendeten Ehebruch als Ehescheidungs-

grund ansieht, sondern in dieser Beziehung auch Handlungen, welche noch dem Stadium des adulterium inchoatum angehören, gleich behandelt. Auch das im dritten Bande der hiesigen Entscheidungen nr. 45 veröffentlichte Präjudiz steht nicht entgegen. In dem dort gedachten Falle stand zur Frage, ob eine entfernte Versuchshandlung des Ehebruchs eine causa divortii abzugeben geeignet sei, und wenn daselbst zwar diejenige Ansicht verworfen wird, welche schon den Versuch des Ehebruchs für genügend erachtet, so wird doch nicht der Beweis des Ehebruchs im vollsten Sinne des Worts unter allen Umständen verlangt, sondern nur gesagt, daß das ehebrecherische Gelüste zur ausgeführten That fortgeschritten sein müßte. An diesem Kriterium fehlt es nach dem Obigen im vorliegenden Falle nicht.

3. Demgemäß war in Gemäßheit der für begründet zu achtenden Beschwerde der Klägerin der dem Beklagten in der sent. a qua freigelassene Gegenbeweis zu streichen, und da somit die Klage liquide gestellt ist .... auf Scheidung der Ehe quoad vinculum zu erkennen."

## Verweigerung der ehelichen Pflicht.*)

### 31. Ti 366.

Im Januar 1875 erhob der Ehemann gegen seine Ehefrau eine Klage auf Annullation der mit derselben im August 1874 eingegangenen Ehe, zu deren Begründung er behauptete, daß die Frau wegen vollständiger Verschließung resp. Verengung ihrer Mutterscheide beischlafsunfähig sei. Im Laufe des Prozesses wurde durch ein Erachten des Professor Dr. S. zu Rostock konstatiert, daß die Beklagte an einer solchen Verengung der Hymenöffnung leide, daß ein natürlicher Beischlaf mit ihr unmöglich sei. In diesem Erachten wurde indessen ausgesprochen, daß

*) Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen Bd. II S. 242, Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen, erste Fortsetzung S. 196 nr. 41.



„eine kleine und völlig ungefährliche, ja, wenn beliebt, ganz schmerzlos auszuführende Operation“ die Verhältnisse schnell so gestalten würde, daß der Beischlaf völlig normal möglich sein werde. Die Ehefrau erklärte sich auf Grund dieses Erachtens zunächst bereit, sich der Operation zu unterziehen. Im weiteren Verlauf des Prozesses trat sie indessen von diesem Entschluß zurück und verweigerte beharrlich und aller Vorhaltungen ungeachtet die Vornahme der Operation, indem sie erklärte, daß sie von einer Fortsetzung der Ehe, nachdem ihr Mann ihr körperliches Gebrechen rücksichtslos an die Öffentlichkeit gebracht, sich kein ersprießliches Resultat verspreche, und daß sie außerdem fürchten müsse, die Operation werde dennoch von unvorhergesehenem nachteiligen Einfluß auf ihre Gesundheit sein.

Durch Bescheid der Justiz-Kanzlei zu Rostock wurde auf Abweisung der Klage erkannt, indem auf Grund des c. 3 u. 6 X de frigidis 4. 15 angenommen wurde, daß das durch leichte ärztliche Hülfe zu beseitigende körperliche Hindernis als ein impedimentum dirimens nicht in Betracht gezogen werden könne. Gleichzeitig wurde aber ausgesprochen, daß es zu den ehelichen Pflichten der Beklagten gehöre, das ihrer Beiwohnungsfähigkeit zeitweilig entgegenstehende Hindernis zu beseitigen.

Auf eingelegtes Rechtsmittel beider Teile erkannte das O.-A.-Gericht durch Urteil vom 31. Januar 1876, daß die Klage nur zur Zeit abzuweisen sei, aus nachfolgenden Gründen.

„1. — — — — — — — — — —

2. So ausgemacht es nun nach dem geltenden Eherecht ist, daß die in der körperlichen Beschaffenheit des einen Ehegatten beruhende unheilbare Unfähigkeit zur Vollziehung bez. Gestattung des Beischlafs dem anderen Ehegatten, welcher vor Eingehung der Ehe diesen Mangel nicht kannte, ein Recht giebt, die äußerlich zu Stande gekommene Ehe als nichtig anzufechten und deren Aufhebung zu verlangen, so fest steht auf der anderen Seite auf Grund des c. 3 u. 6 X de frigidis 4. 15 für das katholische wie für das protestantische Eherecht der Satz, daß eine heilbare Unfähigkeit dieser Art als ein die Ehe trennendes, d. h.

deren wirksames Zustandekommen ausschließendes Hinderniß nicht angesehen werden kann, sowohl nach den Lehren der Canonisten.

— J. H. Boehmer jus eccles. protest. IV 15 § 38, Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts (Ed. VII) § 274 II, Eichhorn, Kirchenrecht II S. 346 ff., Schulte, Handbuch des katholischen Eherechts § 18, Richter-Dove Lehrbuch des Kirchenrechts (Ed. VII) § 274 II — als auch nach der hiemit übereinstimmenden neueren bürgerlichen Gesetzgebung.

— Preußisches Landrecht II 1 § 696, Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch § 1595 —

3. Einerseits ist nämlich die Vollziehung der Ehe durch den Beischlaf an keine bestimmte Zeit gebunden. Andererseits darf aber auch verlangt werden und wird verlangt, daß derjenige, welcher die Ehe will und diesen Willen durch feierliche Eingehung derselben erklärt hat, auch seinerseits alles dasjenige wollen und thun muß, was seinerseits geschehen kann, die volle eheliche Lebensgemeinschaft möglich zu machen, zu welcher er sich verbunden hat, daher auch, wo zur Beseitigung des augenblicklich dieser Möglichkeit entgegenstehenden Hindernisses eine ärztliche Behandlung erforderlich ist, sich einer solchen unterwirft. Nur wo die zu diesem Ende etwa nöthige Operation mit Gefahr für Leben und Gesundheit verbunden ist, besteht nach dem soweit völlig klaren Ausspruch des c. 6 X cit. keine Pflicht, sich einer solchen zu unterziehen, und wird die an sich als heilbar zu betrachtende Unfähigkeit rechtlich ohne Weiteres einer dauernd unheilbaren gleich geachtet und als trennendes Ehehinderniß angesehen. Vgl. insbesondere Schulte S. 88—92.

4. Es erhebt sich jetzt aber die Frage, und diese ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles gerade von besonderer Bedeutung, was zu geschehen hat, wenn derjenige Ehegatte, in dessen Person eine solche durch eine kleine und völlig ungefährliche Operation leicht und sicher zu

hebende Unfähigkeit zur Vollziehung des ehelichen Beischlafs besteht, sich hartnäckig weigert, der Pflicht zu deren Beseitigung nachzukommen. Darüber enthalten die einschlagenden Gesetzesstellen keinerlei Ausspruch, sie lassen vielmehr diese Frage dahingestellt sein, und es muß anerkannt werden, daß nicht jede Pflicht ohne Weiteres durch äußere Mittel erzwingbar ist.

In dieser Hinsicht kommt nun zuvörderst in Betracht, daß ein direkter Zwang zur Gestattung einer solchen Operation schon an sich und auch deshalb völlig unthunlich ist, weil kein gewissenhafter Arzt sich zur Vornahme einer nur in dieser Weise ausführbaren Operation herbeilassen wird, und, würden indirekte Zwangsmittel hiedurch auch nicht ausgeschlossen sein, wie solche da unbedenklich angewandt werden, wo ein Ehegatte ohne genügenden Grund dem Andern die Erfüllung der ehelichen Pflicht verweigert, so ist doch anzuerkennen, daß ein solches Verfahren hier nicht bloß dem sittlichen Gefühl widerstreben würde, sondern auch in Folge der dadurch hervorgerufenen Aufregung möglicherweise die an sich vielleicht bei regelmäßigem Verlauf völlig ungefährliche Operation zu einer die Gesundheit und das Leben gefährdenden machen kann. Wo daher ein Ehegatte, wenn auch vielleicht aus völlig grundloser Furcht vor dem in jeder Operation liegenden Eingriff in die körperliche Integrität sich hartnäckig weigert, sich einer solchen zu unterziehen und dadurch faktisch die an sich heilbare Unfähigkeit dem anderen Theil gegenüber zu einer unheilbaren gestaltet, da wird schließlich doch nichts Anderes übrig bleiben als — was J. H. Boehmer a. a. O. und nach ihm Glück, Commentar XXVI S. 283 ff., welche jeden Zwang verwerfen, hier ohne Weiteres eintreten lassen wollen, — die Ehe für aufgehoben zu erklären und dem betreffenden Ehegatten als dem schuldigen Theil die Wiederverheirathung zu untersagen.

5. So weit, daß zu diesem äußersten Auskunftsmittel gegriffen werden müßte, ist indessen die Sache im vor-

liegenden Falle noch nicht gediehen. Es ist nämlich zu erwägen, daß, wo die rechte eheliche Gesinnung zwischen zwei Ehegatten obwaltet, jeder dem andern Theil aus Liebe gern und mit Freudigkeit das gewährt, was er als seine Schuldigkeit betrachten muß, sollte zu diesem Ende auch eine Aufopferung bestimmter Art von ihm gefordert werden, während er sich mit Härte und Zwang dergleichen nicht abdringen läßt. In dieser Beziehung kann aber das Verhalten des Klägers seiner Ehefrau gegenüber nicht als tadelfrei bezeichnet werden. Nachdem die ersten Versuche der ehelichen Beiwohnung, denen sich die Ehefrau wiederholt willig in entgegenkommender Weise hingegeben hat, daran gescheitert waren, daß der Ehemann in die Scheide nicht einzudringen vermochte, hat derselbe, ohne auf eine ärztliche Untersuchung ihres körperlichen Zustandes hinzuwirken, nach kurzem Bestande der Ehe sich mißmuthig eigenmächtig von seiner Frau zurückgezogen, durch die sofort erhobene Klage ihren körperlichen Fehler an die Oeffentlichkeit gebracht, und als sie nunmehr sich ärztlich hatte untersuchen lassen und, um ihn zur Fortsetzung des ehelichen Lebens zu bestimmen, sich bereit erklärte, der zur Hebung ihres Mangels erforderlichen Operation sich zu unterziehen, durch dies Anerbieten sich nicht bestimmen lassen, die Klage auch nur einstweilen fallen zu lassen, bis sich gezeigt haben würde, ob es ihr mit diesem Erbieten Ernst und die vorgenommene Operation von dem gewünschten Erfolge begleitet war. Daß hiedurch ihr weibliches Zartgefühl verletzt und sie veranlaßt werden konnte, dem Zwang zu versagen, was sie der Liebe gewährt haben würde, ist klar. Eben deshalb ist aber auch nicht anzunehmen, daß die Beklagte mit der jetzt allerdings entschieden erklärten Weigerung ihr letztes Wort gesprochen hat, und auf dieser auch dann bestehen wird, wenn der Kläger wieder zu ihr zurückkehrt, sich zu ihr in das richtige eheliche Verhältniß setzt und durch sein Verhalten darauf hinwirkt, daß das Vorgefallene vergessen wird.

6. Demnach sind auch beide Ehegatten durch das angefochtene Erkenntniß zunächst mit Recht zu einer Wiederherstellung ihres ehelichen Zusammenlebens für verbunden erklärt worden, und nur darin ist die sent. a qua zu weit gegangen, daß sie mit Rücksicht auf die constatirte Heilbarkeit der einstweilen bestehenden Unfähigkeit der Beklagten zur Gewährung des Beischlafs die Klage rein abgewiesen hat, ohne der Möglichkeit Rechnung zu tragen, daß der Widerstand der Beklagten gegen die erforderlichen Heilmittel vielleicht nicht zu brechen ist. Insofern war daher die Beschwerde des Klägers zum Theil begründet, und war demgemäß das angefochtene Erkenntniß dahin abzuändern, daß die Klage nur zur Zeit abgewiesen ward."

Auf Grund dieses Urteils vereinigten die Eheleute sich zunächst wieder. Schon im November 1876 klagte jedoch der Ehemann aufs Neue auf Scheidung, und erreichte dieselbe jetzt durch das Urteil der Justiz-Kanzlei vom 9. April 1877 aus nachstehenden Gründen.

„1. — — — Seine (des Mannes) Behauptung, daß er vergeblich versucht habe, seine Ehefrau zur Vornahme der Operation zu bewegen, wird durch dieselbe bestätigt. Wenn nun freilich die Verhandlungen den Eindruck gewähren, als wenn beiden Eheleuten das richtige Verständniß ihrer Pflichten mangelt und sie gegenwärtig das bestehende Impediment nur als ein Mittel, die Auflösung der Ehe herbeizuführen, benutzen, so liegt doch thatsächlich der fortgesetzte beharrliche Widerspruch der Ehefrau vor, und hat dieselbe mit aller Bestimmtheit erklärt, daß sie wegen unüberwindlicher Angst vor der Operation des festen und unabänderlichen Entschlusses sei, derselben sich nicht zu unterziehen.

2. Daß das direkte Zwangsmittel im vorliegenden Falle nicht verfügt werden könne, liegt in der Natur der Sache. Von weiteren richterlichen Einwirkungen und einem erneuten Zusammenleben der Eheleute ist, nachdem beide Mittel bisher als völlig resultatlos sich erwiesen haben,

ein Erfolg nicht zu erwarten, und ist die Abwartung längerer Zeitfristen nach Analogie der für den Beweis der Inhabilität des Mannes bestehenden Rechtsvorschriften bei der völligen Verschiedenheit der einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkte nicht an der Stelle. Es fragt sich demnach, ob genügender Grund zur Aufhebung der Ehe vorliege, und event., ob dies auf dem Wege der Annullation oder der Scheidung zn geschehen habe? — eine Frage, welche mit Rücksicht auf die Ehescheidungsstrafen . . . . und auf die mögliche Eventualität einer späteren Beseitigung des vorliegenden Impediments sowie auf den Kostenpunkt nicht ohne Belang ist.

3. Großherzogliche Justiz-Canzlei kann nur an der Auffassung, welche dem auf die frühere Annullationsklage ergangenen Erkenntnisse zu Grunde liegt, festhalten. Aus den dort angezogenenen Quellenstellen ergiebt sich, daß nur ein vitium mulieris, quod nec ope medicorum poterit adjuvari, als ein ehetrennendes gilt, daß dagegen ein impedimentum quod praeter divinum miraculum per opus humanum absque corporali periculo poterit removeri, als ein impedimentum perpetuum nicht in Betracht gezogen wird. Für die Frage, ob eine Nichtigkeit der Ehe vorliegt, kommt es demnach lediglich auf die physische Beschaffenheit des Impediments, nicht auf die längere oder kürzere Dauer des Widerspruchs der Ehefrau an. In concreto ist genügend constatirt, daß die Beiwohnungsfähigkeit der Beklagten durch eine äußerst leichte und völlig ungefährliche Operation beseitigt werden kann, ihr Gebrechen daher seiner physischen Beschaffenheit nach als ein absolutes Impediment nicht gelten kann, und fehlt es demnach auch gegenwärtig für eine Annullation der Ehe an einem ausreichlichen Grunde.

4. Dagegen erscheint die in eventum erhobene Ehescheidungsklage als begründet. Denn wenn aus der Beschaffenheit des Gebrechens qu. sich ergiebt, daß das der Beischlafsvollziehung entgegenstehende Hinderniß wesentlich

in dem **Willen** der Ehefrau zu finden ist, so kommt ihr fortgesetzter Widerspruch gegen die Vornahme der Operation auf eine Verweigerung der ehelichen Pflicht hinaus. Diese Letztere muß als eine hartnäckige angesehen werden, da die Ehefrau während zweier Jahre allen bezüglichen Einwirkungen sich unzugänglich erwiesen hat und angesichts ihrer bestimmten gegenwärtigen Erklärungen nicht angenommen werden kann, daß durch weiteres Abwarten resp. durch weitere Ermahnungen oder Strafandrohungen ihr Wille werde gebrochen werden. Es liegt demnach ein aus dem Gesichtspunkt der malitiosa desertio von der Praxis anerkannter Ehescheidungsgrund vor — cf. **Seuffert's** Archiv XVII 56, XXXI 240 —, und ist in Grundlage desselben die Ehe der Litiganten, wie geschehen, quoad vinculum, aufgelöst worden."

---



